

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR  
CAMPUS – PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL  
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

**DIOGO AUGUSTINHO BROD**

**A (IN) COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO À LUZ DA  
CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO  
MONOGRAFIA**

**Cacoal – RO  
2017**

**DIOGO AUGUSTINHO BROD**

**A (IN) COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO À LUZ DA  
CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do professor especialista Jônathas Siviero.

**Cacoal- RO  
2017**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Fundação Universidade Federal de Rondônia  
Gerada automaticamente mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

---

B864i Brod, Diogo Augustinho Brod.

A (in) compatibilidade do crime de desacato à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos / Diogo Augustinho Brod Brod. -- Cacoal, RO, 2017.

70 f.

Orientador(a): Prof.<sup>a</sup> Esp. Jônathas Siviero

Coorientador(a): Prof.<sup>a</sup> Esp. Matheus Kuhn Gonçalves.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Fundação Universidade Federal de Rondônia

1.Desacato. 2.Controle de convencionalidade. 3.Descriminalização .  
4.Supralegalidade. I. Siviero, Jônathas. II. Título.

CDU 342.7

---

Bibliotecário(a) Leonel Gandi dos Santos

CRB 11/753

# **A (IN) COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Por

**DIOGO AUGUSTINHO BROD**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

---

Professor Orientador Esp. Jônathas Siviero

---

Professor Esp. Antônio Paulo dos Santos Filho

---

Professor Mestra Ozana Rodrigues Boritza

CONCEITO: 97

Cacoal, 14 de dezembro de 2017

*Dedico este trabalho aos meus amados pais, Mardisi Klais e Jaime Augustinho Brod, por acreditarem em meu potencial e por sempre apoiarem meus projetos de vida. Aos meus queridos irmãos, Denys Henrique Brod e Fabíola Paolla Brod, pelas palavras de afeto e motivação.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente à minha família, base de todo o caminho, pela confiança depositada e pela disposição ímpar. Digo-lhes que a árdua missão de se graduar é amenizada com a convivência, palavras e gestos de afeto familiar.

Ao meu orientador, maestro desta obra, Professor Especialista Jônathas Siviero, pela paciência em orientar, e por acreditar no meu projeto desde o início.

Ao meu coorientador, Professor Especialista Matheus Kuhn Gonçalves pelo apoio, e pela cumplicidade na elaboração desta monografia.

Aos amigos da faculdade, pessoas com quem convivi diariamente durante esses 05 anos. Muito aprendizado, muitas diversões e apuros. Desejo que estas amizades se prolonguem por toda a vida.

Aos amigos de infância, agradeço por estarem comigo desde o início, por compreenderem os momentos difíceis da vida acadêmica, por nunca abandonarem minha amizade. Faço votos de que nossas amizades se fortaleçam a cada dificuldade que passamos juntos.

Enfim, gratidão a todos que, de alguma forma, contribuíram para que este momento chegasse.

## RESUMO

O trabalho apresentado visa analisar a descriminalização do Desacato, resultante da decisão proferida pela quinta turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.640.084, com base em entendimentos jurisprudenciais internacionais e recomendações das Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Visa-se correlacionar a norma supralegal e infraconstitucional em conflito, com o controle judicial de convencionalidade exercido pela corte superior. Ressalta-se que após o proferimento da decisão do Recurso Especial supracitado, a terceira seção do Superior Tribunal de Justiça, na análise do Habeas Corpus 379.269 - MS, decidiu por manter a criminalização do desacato, baseando-se na atual doutrina nacional e internacional, evidenciando clara divergência de entendimento na própria corte. Diante disso, resta, se necessário, contrapor os fundamentos legais de ambas as decisões, com o fito de compreender as razões que levam o crime de Desacato ser compatível ou não com a Convenção Americana de Direitos Humanos na qual o Brasil é signatário. Utilizou-se o método Dialético, uma vez que se verifica teses e antíteses que se contrastam sob o prisma jurídico, possibilitando a análise individual de cada ideia pormenorizada. A pesquisa tem por característica natural ser do tipo qualitativa, visto se tratar de ciências sociais que eliminam a hipótese de se mensurar estatisticamente seus dados. O procedimento técnico aplicado foi o de pesquisa bibliográfica, pautado em doutrinas nacionais e internacionais, julgados do Superior Tribunal de Justiça, e a lei.

**Palavras-chave:** Desacato. Controle de Convencionalidade. Descriminalização. Supralegalidade.

## **ABSTRACT**

The work is aimed at documenting the decriminalization of Desacato, resulting from the decision pronounced by the fifth class of the Superior Court of Justice no REsp nº 1.640.084, in order to correlate the supralegal and infraconstitutional norm in conflict with the judicial control of conventionality exercised by the superior court. It is noteworthy that after the decision of the REsp mentioned above, a third session of the Superior Court of Justice, in the analysis of HC 379.269, decided to maintain the criminalization of contempt, evidencing a clear divergence of understanding in the court itself. In view of this, it is necessary to oppose the legal grounds of both decisions, with the aim in fact as reasons that lead the crime of Desacato to be incompatible or not with the American Convention on Human Rights in which Brazil is a signatory. The Dialectic method was used, since it presents without theme in analyzes, and theses and antitheses. The research has as a natural characteristic of the qualitative type, since it deals with social sciences that eliminate a hypothesis to statistically measure its data. The technical procedure applied in the bibliographic research.

**Keywords:** Desacato. Conventional Control. Decriminalization. Suprathal.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITO HUMANOS E O BRASIL .....</b>	<b>12</b>
1.1 HISTÓRICO E APONTAMENTOS DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....	12
1.2 NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL.....	16
1.2.1 Da Teoria Monista e Dualista.....	16
1.2.2 Da Emenda Constitucional Nº 45 De 2004.....	20
1.2.3 Da Supralegalidade.....	22
1.3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	24
1.4 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PENSAMENTO.....	30
<b>2 ASPECTOS HISTÓRICO E APONTAMENTOS DO CRIME DE DESACATO.....</b>	<b>35</b>
2.1 HISTÓRICO DO CRIME DE DESACATO.....	35
2.2 CLASSIFICAÇÃO E CARACTERÍSTICAS.....	36
2.3 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA E CARACTERÍSTICAS.....	38
<b>3 A (IN) COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO NO BRASIL À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>43</b>
3.1 DA COMPOSIÇÃO DO STJ E COMPETÊNCIA – TURMAS.....	43
3.2 A INCOMPATIBILIDADE E DESCRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO.....	46
3.3 A COMPATIBILIDADE E CRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO.....	53
3.4 DA SÍNTESE.....	62
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>64</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>67</b>
<b>OBRAS CONSULTADAS .....</b>	<b>69</b>

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
HC	Habeas Corpus

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar e compreender a (in) compatibilidade do crime de Desacato em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, pautados na doutrina e jurisprudencial nacional e internacional. Esta, corriqueiramente denominada “Pacto São José da Costa Rica”, da qual o Brasil é signatário, dispõe em seu Artigo 13 sobre o Direito de Liberdade de Pensamento e Expressão, ressaltando que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e expressão, podendo difundir suas ideias e informações de qualquer natureza por qualquer veículo de comunicação.

Ressalta-se que o próprio texto da referida convenção enfatiza que os pensamentos devem ser livre e não devem estar sujeitos à censura prévia, porém à responsabilidades legais ulteriores. Estas devem ser previstas em lei expressas, objetivando assegurar o respeito do direitos de outrem e da reputação das pessoas, bem como a proteção da segurança nacional, da ordem, saúde e moral pública.

Diante disso, ao julgar o Recurso Especial Nº 1.640.084, o STJ, por intermédio de sua Quinta Turma, reconheceu pela incompatibilidade do crime de Desacato, inscrito no Artigo 331 do vigente Código Penal, em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos. Este entendimento, baseado na jurisprudência internacional, levou em consideração que a criminalização do desacato pressupõe a preponderância do Estado sobre o particular, contradizendo o exposto no artigo 13 da CADH, uma vez que não deve haver distinção de tratamento entre os agentes públicos e os particulares. Neste sentido, foi aplicado o Controle de Convencionalidade, onde o objeto comparativo do controle judicial se consubstancia em uma norma infralegal em sobreposição aos ditames de um tratado ou convenção internacional que verse sobre Direitos Humanos, que não possuem força de Emenda Constitucional.

Na referida decisão o Ministro Riberio Dantas ressaltou que a ausência de uma *abolitio criminis* não poderia inibir a atuação do judiciário, uma vez que foi verificado no plano fático a incompatibilidade do Desacato e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Ressaltou ainda que estava em cumprimento dos manifestos internacionais de Direitos Humanos, bem como acatando a doutrina internacional, visto que o Desacato se presta ao abuso, contrariando o espectro do Estado Democrático de Direito. Desta forma, o efeito paralisante resultante do Controle de Convencionalidade foi aplicado ao crime, afastando a tipificação penal ao caso analisado no REsp. 1.680.084.

Após este precedente, inúmeras foram as alegações em defesas técnicas penais que visavam o afastamento do tipo penal ao caso concreto. Tais efeitos desta decisão podem ser verificados no *Habeas Corpus* 379.269, na qual buscou-se reconhecer o princípio da consunção entre os delitos de desobediência e desacato, bem como não manter este último na ação penal, sob os fundamentos gerais do REsp. 1.680.084.

Ocorre que, devido à controvérsia existe no tema em análise, o julgamento do HC 379.269 se deu na Terceira Seção do STJ, sendo esta a junção da quinta e sexta turma, que se reúnem com vistas a debates que envolvam crimes em geral, federalização de crimes contra Direitos Humanos.

Contrariando o decidido no REsp. 1.680.084, o Ministro Antônio Saldanha Palheiro, detentor do voto-vencedor no HC 379.269, entendeu com base na doutrina nacional e recomendações internacionais, que o crime de Desacato deve ser mantido. Para ele, o Direito de Liberdade de Expressão e Pensamento não deve ser absoluto, bem como pelo fato das normativas internacionais não ostentarem caráter decisório, apenas consultivo ou instrutório, não devendo ser entendida como recomendação com força vinculante. Ainda ressalta que não há preponderância dos agentes públicos sobre os particulares, visto que aqueles são punidos mais severamente quando da prática de crimes que envolvam a Administração Pública, e que por se tratarem de uma figura personificada do Estado, devem ter respaldo legal contra àqueles que os ofendem pessoalmente.

Neste sentido, será abordado a divergência de entendimentos existente no tocante à (in) compatibilidade do Desacato com o Pacto São José da Costa Rica, ainda que tenha sido proferido o Acórdão do HC 379.269 com vistas a manter sua criminalização. Ressalta-se que, embora tenha a Terceira Seção admitido no

referido HC que deve ser mantida a tipificação do Artigo 331 do Código Penal, não obsta futura decisão que a contrarie, visto que há fundamentos jurídicos e doutrinários nacionais e internacionais que sustentam as teses.

# **1 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL**

## **1.1 HISTÓRICO E APONTAMENTOS DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**

A Segunda Guerra Mundial trouxe consigo diversas atrocidades que abalaram a comunidade internacional no tocante às garantias fundamentais de cada indivíduo. Em decorrência deste momento de instabilidade jurídica e política, na qual os direitos humanos foram postos em xeque, fora criada uma nova ordem internacional, com o fito de proteger tais direitos. Buscava-se então, o diálogo com diversos Estados para a adesão aos futuros ditames humanísticos a serem elaborados.

Segundo Fiorati (1997, s.p.), o Pós-Segunda Guerra gerou um sentimento social de imediata proteção dos direitos humanos, na qual obteve êxito se visto sob o aspecto legal. Ressalta ainda que a sistematização regional dos direitos humanos na Europa, por intermédio da Convenção Europeia de Direitos Humanos, datada de 1953, instigou para que a América aderisse ao movimento garantista, resultando na celebração da CADH.

A CADH, comumente denominada de Pacto São José da Costa Rica, foi firmada em vinte e dois (22) de novembro de 1969, na cidade de São José, país da Costa Rica. Ainda que tenha sido aprovada nesta data, sua vigência se deu somente em julho de 1978, no instante que em o décimo primeiro documento de ratificação do tratado foi entregue junto à Secretária Geral Da Organização dos Estados Americanos, conforme dita o art. 74, § 2º da Convenção, relatado por Comparato (2008, p. 112) a saber:

[...] Segundo dados da Organização dos Estados Americanos, dos 35 (Trinta e Cinco) Estados Membros da OEA, 25 (Vinte e Cinco) Estados são hoje parte da Convenção Americana de Direitos Humanos: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

O então Ministro das Relações Exteriores no Brasil, Olavo Egydio Setubal, na data de 29 de Outubro de 1985, em suas exposições de motivos, sugeriu que o Brasil viesse a aderir a CADH ao dizer que:

Constituiria compromisso ou garantia adicional, nas esferas nacional e internacional, de efetiva proteção contra violação dos direitos humanos; contribuiria, igualmente, para projeção da conquista interna da democracia na órbita internacional e para cristalização definitiva, no plano internacional da imagem do Brasil como país respeitador e garantidor dos direitos humanos.

Desta forma, a CADH foi ratificada pelo Brasil apenas em 25 de setembro de 1992, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 678, de 06 de Novembro de 1992, reiterando no art. 1º que seu cumprimento deverá ser integral nos exatos termos em que se consubstancia o pacto, a saber:

Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Trata-se de um marco histórico a ratificação do Pacto pelo ordenamento jurídico brasileiro. Os seus oitenta e dois (82) artigos consolidaram na América a aplicação dos regimes de liberdades pessoais e introduziu novos conceitos de justiça social, a ser efetivado pelos Estados Democráticos que a aderissem.

Conforme dita Navia (1998, p. 67), trata-se o pacto de uma proteção internacional de direitos, a saber:

A existência de uma convenção entre os Estados que integram a OEA (Organização dos Estados Americanos), para proteger os direitos e liberdades de uma ou de outra maneira protegidos por convenções de caráter universal, obedece a uma tendência regional, muito característica, mas que não se opõe ao universalismo e a tendência mundial, pois os direitos essenciais do homem, e neste sentido está assinalado no preâmbulo da Convenção Americana, "tem como fundamento os atributos da pessoa humana, razão pela qual justificam uma proteção internacional de natureza convencional.

Para Moraes (2016, p. 20), há uma diferença existente entre o Pacto São José da Costa Rica e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, visto que aquela não traz apenas as normas materiais, mas consolidam órgãos competentes para analisarem assuntos jurídicos que envolvam os Estados aderentes. Trata-se então do cuidado com a processualística dos Direitos Humanos, que se firmam quando da composição da CIDH e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil apesar de ter ratificado o Pacto São José da Costa Rica em 1992, de imediato não aceitou a jurisdição da CIDH e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Apenas em 1988, por intermédio do Decreto Legislativo nº 89,

reconheceu a jurisdições da Corte e da Comissão supracitada para a análise de casos a partir da data do Decreto Legislativo.

Porém, apenas em 2002, com o Decreto Presidencial nº 4463, Art. 1º, foi promulgada e reconhecida a obrigatoriedade de conferir competência à Corte e à Comissão, a saber:

Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

O preâmbulo da CADH, em seu primeiro tópico, realça se tratar de uma reafirmação de propósitos, na qual todos os Estados americanos devam seguir:

Os Estados americanos signatários da presente Convenção, reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ademais, reconheceu que os direitos essenciais do ser humano não devem ser determinados apenas perante a sua nacionalidade, mas sim pelo fato de ter atributos da vida humana, o qual deve ser acatado por todos os Estados participantes, a saber:

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos.

De acordo com Piovesan (2002, p. 30), trata-se do mais importante texto de proteção aos direitos humanos vistos sob a ótica do sistema interamericano.

Ressalta ainda que o fundamento para isto se funda nos direitos a serem resguardados, consagrando-se em direitos civis e políticos, destaca-se:

O direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.



Tratando-se de norma balizadora de todo Estado aderente, cabe a este a complementação do texto em legislação interna compatível aos ditames elencados no tratado. Diante disso, cabe ao Estado “*a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação*” (PIOVESAN, 2002). (grifo nosso)

Resta evidente a plena participação de cada Estado para a efetivação dos direitos salvaguardados pelo tratado. Deve-se compreender que cada Estado tem o livre poder de definir os instrumentos a serem utilizados para efetivar as garantias. Os artigos 1º e 2º do Pacto São José da Costa Rica são pontuais nas palavras de Piovesan (2002, p. 427):

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos - 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. - 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. - Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades..

Buergenthal (*apud* PIOVESAN, 2002, p. 232) reforça:

Os Estados-partes na Convenção Americana têm a obrigação não apenas de respeitar esses direitos garantidos na Convenção, mas também de assegurar o seu livre e pleno exercício. Um governo tem, consequentemente, obrigações positivas e negativas relativamente à Convenção Americana. De um lado, há a obrigação de não violar direitos individuais. Mas a obrigação do Estado vai além desse dever negativo e pode requerer a adoção de medidas afirmativas necessárias e razoáveis, em determinadas circunstâncias, para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção Americana.

Diante disso, para que haja a real eficácia do acordado no tratado, o Pacto São José da Costa Rica dispõe, de acordo com Piovesan (2002), “um aparato de monitoramento em implementação dos direitos que enuncia”, cabendo assim à CIDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos a fiscalização e processamento de modo geral com o apoio integral dos Estados participantes.

## 1.2 A NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E A SUPRALEGALIDADE

Faz-se necessário a compreensão de temas que servirão de base para o entendimento do mérito quanto a (in) Compatibilidade do crime de Desacato face à CADH. Compreender as teorias Monista e Dualista, Emenda Constitucional 45 de 2004 e o status de Supralegalidade é fundamental para que se possa compreender o Controle judicial adotado, bem como suas causas e efeitos.

### 1.2.1 Da Teoria Monista e Dualista

Embora tenha o Brasil aderido de forma extemporânea a CADH, a Constituição Brasileira de 1988 já previa diversos direitos elencados no texto do Pacto Americano no tocante à salvaguarda dos direitos humanos e garantias individuais. Tsutyia (2007, p. 15) realça:

Em sua primeira parte em que são tratados os deveres dos Estados e direitos dos protegidos, os vinte e cinco artigos retratam o panorama equivalente aos quatorze primeiros artigos da nossa Carta Maior. O Pacto trata da proibição da escravidão e da servidão, do direito à liberdade pessoal, das garantias judiciais, do princípio da legalidade e da retroatividade da lei mais benéfica, da liberdade de consciência e de religião, da liberdade de pensamento, do direito de reunião, da liberdade de associação, do direito à nacionalidade e dos direitos políticos. Resplandecem embutidos em seu texto os mesmos princípios que regem a Constituição Federal. O princípio da dignidade da pessoa humana está presente no art. 5º, §2º, PSJCR ao estabelecer que: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” Destacam-se também os princípios da presunção da inocência, da retroatividade de lei mais benéfica, da secularização, da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, da liberdade de pensamento e outros.

Porém, o embate encontrado está em definir o tratamento jurídico a ser considerado na CADH, visto que sua ratificação se deu sem qualquer ressalva quanto à sua força normativa.

Tem-se no estudo dos direitos internos e externos, duas escolas que visam ser a possível base de solução de conflitos aparentes de normas de Direito internos e normas de Direito Internacional. Trata-se da Teoria Monista e da Teoria Dualista. Ainda que alguns doutrinadores compreendem da existência da teoria mista, Russowsky (2012, p. 62) traduz o paralelo existente entre o direito internacional e o direito interno, a saber:

A relação entre o direito internacional e o direito interno é um problema antigo datando desde o surgimento daquele e de sua posição no mundo. Além disso, atualmente, tendo-se em vista a globalização e a rápida expansão da comunicação, o direito internacional tem se desenvolvido de maneira muito rápida, ganhando extrema importância no cenário jurídico, o que acaba por agravar esta problemática conflitual. Em um primeiro momento, cabe-nos destacar a divergência existente, ao falar-se de ordem jurídica interna e ordem jurídica internacional e a possibilidade de conflito entre suas ordens que fazem surgir, basicamente, duas teorias: a teoria monista e a teoria dualista, além de alguns apontarem uma teoria intermediária.

No tocante à Teoria Monista, o ordenamento jurídico é visto de forma una, devendo ser considerado apenas um objeto de estudo, abarcando tanto o direito interno quanto o direito externo ou internacional. Russowsky (2012, p. 80) assim complementa:

A teoria monista, teve como nome Hans Kelsen. Sustenta a existência de apenas uma ordem jurídica, negando coexistirem duas ordens jurídicas distintas, admitindo a existência de conflitos entre normas internas e normas internacionais. Essa teoria pode ser subdividida em duas espécies: de um lado tem-se o monismo radical, que sustenta o primado do direito internacional sobre o direito interno (monismo kelseniano); e de outro lado tem-se o monismo moderado, no qual o juiz nacional deve aplicar tanto o direito interno quanto o direito internacional, de acordo com a máxima da *lex posterior derogat legi priori*, ou seja, a lei posterior prevalecendo sobre a lei anterior.

Alguns autores consideram a superioridade do Direito Internacional, verificando-se desta forma que normas internacionais nas quais o Estado tenha aderido, deva prevalecer sobre as demais, Russowsky (2012, p. 82) assim esclarece:

A teoria monista com a primazia do direito interno sobre o Direito Internacional é explicada a partir da existência de uma soberania estatal acentuada. Como precursor desta concepção encontra-se Hegel, que “vê no Estado um ente cuja soberania (correspondente ao *imperium* do direito Romano) é irrestrita e absoluta (a lei suprema sobre a Terra). O monismo com primazia do Direito Internacional, tem como precursor Hans Kelsen e é justificada a partir da ideia de organização jurídica do mundo como um todo, estando o direito internacional no ápice da pirâmide. Nessa teoria, como o nome já diz, observa-se a sobreposição do direito internacional sobre o direito interno, ou seja, a superioridade dos enunciados dos tratados sobre as constituições e leis locais, independentemente de ser anterior ou posterior a elas.

Há nesta teoria dois subtópicos que merecem ressalva para a compreensão do tema, tratando-se, uma delas, de um entendimento que preserva o Direito Nacional, e que considera a soberania estatal, não admitindo interferência em normas criadas pelo próprio Estado, valendo-se da supremacia do direito interno. E por outro lado, a vertente monista que se faz da predominância do Direito

Internacional, podendo ser compreendido que o direito estatal possui como barreira o direito internacional, visto que este se sobrepõe àquele. A Teoria Pura do Direito de Kelsen é mencionada por Tejo (2005, p. 42), a saber:

Se esta norma, que fundamenta os ordenamentos jurídicos de cada um dos Estados, é considerada como norma jurídica positiva- e é o caso, quando se concebe o direito internacional como superior a ordenamentos jurídicos estatais únicos, abrangendo esses ordenamentos de delegação- então a norma fundamental- no sentido específico aqui desenvolvido, de norma não estabelecida, mas apenas pressuposta- não mais se pode falar em ordenamentos jurídicos estatais únicos, mas apenas como base do direito internacional.

Visto sob outro ângulo, tem-se a Teoria Dualista, na qual compreende a existência de duas esferas distintas, sendo uma de Direito Interno e outra de Direito Externo. Ressalta-se que esta teoria é contrária ao diálogos entre os Direitos internos e externos, visto que seus requisitos de validade bem como os destinatários destes direito são divergentes, devendo portanto serem tratados de forma diversa. Russowsky (2012, p. 84) assim defende:

Em oposição a teoria monista, temos a teoria dualista, surgida com Triepel defende a independência entre a ordem interna e a ordem internacional, dessa forma, suas normas não conflitam entre si (ideia de duas esferas que não se comunicam – desenho de duas bolas que não se tocam). Assim, para que a norma internacional passe a valer na esfera interna, “é necessário que a mesma passe por um processo de recepção”, “que a transforma em norma jurídica interna, só sendo possível o conflito entre duas normas internas, a serem resolvidas pelo mecanismo tradicional: *lex posterior derogat legi priori*”.

Desta maneira, para que uma norma de direito internacional adentro ao sistema jurídico brasileiro, deve ter o aceite do Estado, verificando que não há incompatibilidades, para que assim não haja dissonâncias entre elas. Tejo (2005, p. 47) assim descreve:

Apesar de haver entendimento no sentido monista, com base no art. 5º, §2º (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), entendo ser mais correta a posição dualista. Afinal, para que o tratado ingresse em nosso ordenamento, é necessário que passe por todo o procedimento previsto na Carta Magna. Deve haver, então, a celebração do tratado pelo Presidente da República, conforme dispõe o art. 84, VIII; então, tal tratado deve passar pelo crivo do Congresso Nacional, que deve emitir decreto legislativo (art. 49, I), devendo por fim ser promulgado pelo Presidente da República, mediante decreto. Apenas após todo esse trâmite o tratado externo terá vigor no País, tendo status de lei ordinária (salvo se tratar de direitos e garantias fundamentais), sendo suscetível inclusive de controle de constitucionalidade.

Válido mencionar a existência de duas vertentes no tocante à construção doutrinária que cerca a teoria dualista. Verifica-se, portanto, que o dualismo radical não admite conflitos entre normas internas e externas, visto sua singularidade. Por outro lado, tem-se o dualismo moderado, onde o caso em concreto é analisado, admitindo assim algumas exceções, conforme explicita Russowsky (2012, p. 97):

[...] ao analisar a teoria dualista, chama a atenção para a existência de um dualismo radical de Triepel e assim explica aquele autor compreende que, “quando se fala das relações entre direito Internacional e o Direito Interno, supõe-se como estabelecido que o direito internacional é diferente do direito interno. Na nossa opinião, o direito internacional e o direito interno são noções diferentes”<sup>92</sup> Para o dualismo radical não seria possível conflito entre ordem interna e internacional, pois se constituem de ordens independentes, que não se comunicam.<sup>93</sup> O Dualismo moderado é um pouco diferente do dualismo puro, pois este permite que em certos casos o Direito Internacional seja aplicado internamente pelos tribunais sem que haja a recepção formal do dispositivo. Essa espécie de dualismo foi adotada na Itália em 1905, por Dionizio Anzilotti, em trabalho intitulado *Il Diritto Internazionale nel giudizio interno*.<sup>94</sup> Segundo Valério Mazzuoli, o Supremo Tribunal Federal do Brasil assume a posição de dualista moderada em razão de defender a necessidade de promulgação de decreto presidencial para que o tratado passe a valer em território nacional.

Conforme lições do Ministro Luís Roberto Barroso, tem-se a partir do Recurso Extraordinário 80.004 que o Brasil é adepto da teoria monista. O referido Ministro ressaltou que o tratado se incorpora ao direito interno em mesmo nível hierárquico de lei ordinária, tratando-se de um monismo moderado, aumentando ainda mais a divergência doutrinária existente. A respeito deste desencontro doutrinário, Russowsky (2012, p. 86) sintetiza:

Assim, conclui-se que existe muita divergência doutrinária a respeito de qual seria a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro: monismo moderado, dualismo moderado, não havendo consenso. Essa questão está correlacionada a incorporação ou implementação dos tratados internacionais ao direito brasileiro, principalmente quanto a sua hierarquia no direito interno. Assim, sobre esse tema, relevante mostra-se o estudo do art. 5º, §2º e o art.5º, §3º da Constituição Federal como uma forma de elucidar essa questão, pois tratam da questão hierárquica dos tratados principalmente quando versarem sobre direitos humanos.

Na atual conjuntura jurídica brasileira, pode ser verificado as duas ordens de maneira individualizada. Uma vez que se respeite os trâmites legais necessários, é possível que uma norma de Direito Internacional seja aplicada e, com isso, verifica-se que não há de forma consolidada a aplicação de qualquer das teorias, necessitando que o julgador verifique o caso em concreto para a adoção do pensamento monista ou dualista, criando assim uma teoria tertia.

### 1.2.2 A emenda constitucional nº 45 de 2004

Ante o exposto, o Pacto São José da Costa Rica, ratificado pelo ordenamento jurídico brasileiro em 1992, causou enorme divergência de entendimento sobre sua força normativa. No momento em que foi ratificado não houve disposição quanto à sua hierarquia perante as demais leis, e esta lacuna jurídica ocasionou diversos problemas no tocante ao choque entre normas infraconstitucionais e os tratados internacionais que versassem sobre Direitos Humanos.

Com vistas a solucionar o conflito entre tais normas, a Emenda Constitucional 45 de 2004 solucionou, em tese, parte da divergência no tocante ao regime jurídico a ser considerado aos tratados internacionais que versassem sobre Direito Humanos. Com isso, fora acrescentado pela emenda ao Art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal o § 3º, na qual tem por texto:

§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Tiburcio (2006, p. 34) contribui:

O texto introduzido pela emenda, atualmente, em vigor, não deixa dúvidas: Os tratados internacionais sobre direitos humanos têm a mesma hierarquia das emendas constitucionais, **desde que obedecido o quórum privilegiado de aprovação desses** [...] os tratados aprovados por *quórum* simples adquirem status de lei ordinária, como qualquer outro tratado ratificado pelo país, submetendo-se à critério geral de que o *posteriori derogat priori*. (grifo nosso)

Na mesma linha lógica Dallari (2005, p. 89) insere:

Com o novo §3º do Art. 5º, estabelece-se, de forma inequívoca, conforme preceituado de forma literal, a possibilidade de que tratados em matéria de direitos humanos tenham equivalência com emenda constitucional. Mas isso desde que, quando da apreciação pelo Congresso Nacional, haja a aprovação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, em dois turnos em cada uma das casas, e por pelo menos três quintos dos votos dos membros respectivos.

Portanto, os tratados que passarem pelo crivo do Congresso Nacional, e uma vez sendo cumpridos os requisitos constantes no § 3 do Inciso LXXVIII, Art. 5º da Constituição Federal, terão força de Emenda Constitucional, podendo inclusive revogar normas constitucionais anteriores que o contrariem. Entretanto, como cita Russowsky (2012, p. 63), houve divergência quanto ao aceite desta emenda pela doutrina, a saber:

A edição do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal causou muita discussão entre os constitucionalistas e internacionalistas. Para a maioria, esse parágrafo veio para solucionar a questão atinente à incorporação de tratados de Direitos Humanos ao direito brasileiro, para outros, representou um retrocesso. Havia muita discussão acerca dos tratados de Direitos Humanos e sua incorporação e aplicação no direito nacional, sendo discutido se eles teriam ou não hierarquia constitucional. Os que sustentavam que estes tratados de Direitos Humanos teriam hierarquia constitucional, justificavam sua posição a partir do § 1º e § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Flavia Piovesan é partidária deste entendimento, para a autora esse parágrafo veio apenas fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de Direitos Humanos.

Este retrocesso, conforme Russowsky (2012, p. 65), pode ser verificado no texto da Emenda Constitucional 45/2004, uma vez que a ausência de previsão da força legal dos tratados de direitos humanos aderidos anteriormente a esta emenda acabou por ensejar numa vasta discussão judicial e doutrinária:

O texto da Emenda Constitucional nada dispõe acerca dos tratados de Direitos Humanos aprovados pelo Congresso Nacional antes da EC 45/2004. Desta forma, alguns tratados podem ser consagrados com grau constitucional (pós EC 45) e outros não, decisões judiciais em casos concretos podem chegar a anacronismos sérios, como o de não levar em conta as consequências ou a relação estreita de dois ou mais direitos.

Ocorre que a ratificação do Pacto São José da Costa Rica pelo Congresso Nacional se deu em 1992, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 2004, e o referido pacto versa sobre Direitos Humanos, não podendo, desta forma, atribuir-lhe o status de Emenda Constitucional pelo não cumprimento dos requisitos do § 3º, do inciso LXXVIII, Art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Eis o desencontro jurídico existente, qual hierarquia adotar aos Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos que foram ratificados pelo Congresso Nacional anteriormente à Emenda Constitucional 45 de 2004.

Nas lições de Piovesan (2002, p. 83), quando se tratar de Direitos Humanos elencados em Tratados Internacionais que os protegem, verifica-se que estes apresentam força de norma constitucional. Doutra maneira, aqueles tratados que não versem sobre garantia aos Direitos Humanos possuem o caráter infraconstitucional, de acordo com o Art. 102, III, “b”, da CF de 1988.

Sustenta-se, assim, que os tratados tradicionais têm hierarquia infraconstitucional, mas supra-legal. Este posicionamento coaduna-se com o princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional (o pacta sunt servanda) e que tem como reflexo o art.27 da Convenção de Viena, segundo o qual não cabe ao Estado invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado.

Porém a afirmativa não deve ser compreendida como absoluta. Há que se compreender as razões e fenômenos jurídicos ocorridos que abarcam o caso, visto a complexidade da compreensão e definição do tratamento jurídico a ser considerado no Pacto São José da Costa Rica conforme abordado infra.

### 1.2.3 Da Supralegalidade

O problema em análise foi solucionado e pacificado quando do julgamento do RE 466.343-1 São Paulo. Havia como relator o Ministro Cezar Peluso, onde era questionado a impossibilidade de prisão civil conforme dita o Pacto São José da Costa Rica. O Ministro Celso de Mello, em seu voto, defendeu que os Tratados que versassem sobre Direitos Humanos e que foram ratificados no Brasil anteriormente à Emenda Constitucional 45 de 2004, deveriam ter o mesmo nível de normas constitucionais no Brasil. Tal alegação, segundo o Ministro, se dava ao fato de que os Direitos Humanos devem ter a força normativa maior de um Estado, ou seja, o estatus constitucional, equivalendo-se ao texto constitucional em sua totalidade.

Porém, não foi este o entendimento majoritário na análise do RE 466.343-1 São Paulo. O Ministro Gilmar Mendes foi o detentor da tese vencedora, obtendo cinco (5) votos contra quatro (4) em seu favor. Afastou-se, desta forma, o caráter constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Congresso Nacional que não tenham passado pelos *quórum* qualificado acrescentado pela Emenda Constitucional 45. Decidido isto, definiu em seu voto que uma nova natureza jurídica concebida a tais tratados: A Supralegalidade. Vejamos então os principais pontos de sua decisão.

Ressaltou Mendes (2009, p. 03) acerca das diversas interpretações existentes no tocante ao tratamento dado aos tratados, bem como pela às discussões doutrinárias existentes:

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ademais, ensina Mendes (2009, p. 03) acerca das correntes existentes que visam atribuir a natureza jurídica destes tratados, a saber:



Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber: **a)** a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; **b)** o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; **c)** a tendência que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; **d)** **por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.** (grifo do autor)

Explica-se também que os Tratados sobre direitos humanos não poderiam ir de encontro aos ditames constitucionais, mas deveriam ter um tratamento diferenciado no tocante à legislação ordinária, visto que trata-los conforme a legislação ordinária seria subestimar sua importância. Assim, explica Mendes (2009, p. 21) a razão pela qual deve ser adotada a supralegalidade.

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de **supralegalidade**. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (grifo do autor)

Válido ressaltar que em março de 2000, no julgamento do Recurso em HC 79785-RJ, o então Ministro Sepúlveda Pertence considerou a possibilidade de atribuir o caráter supralegal aos tratados. Ainda que tenha sido de forma embriã sua menção acerca da supralegalidade, o voto de Sepúlveda fundamentou em grande parte a decisão de Gilmar Mendes no RE 466.343-SP, pacificando assim o entendimento sobre o caráter normativo dos tratados sobre direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional 45 de 2004, veja-se:

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos

equivocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Mendes (2009, p. 27), realça a necessidade de se proteger os direitos humanos e dar-lhes efetividade, e que concedendo o tratamento jurídico adequado é a maneira correta de solucionar os conflitos existentes entre normas internas infraconstitucionais e os ditames dos tratados de direitos humanos.

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

No mesmo sentido, Mendes (2009, p. 3) ainda reforça o entendimento de que leis posteriores à ratificação dos tratados de direitos humanos sem força de Emenda Constitucional, não devem prevalecer sobre estes, visto seu caráter supralegal:

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Desta forma, ressalta-se a aplicação do efeito paralisante aos tratados e convenções que versem sobre direitos humanos. A supralegalidade possui importância fundamental para a compreensão acerca dos controles judiciais a serem exercidos nos casos em que as normas infraconstitucionais conflitem com as convenções e tratados de direitos humanos com status supralegal.

### 1.3 DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

De origem francesa, advindo de entendimento jurisprudencial, o Controle de Convencionalidade fora amplamente discutido pelas cortes internacionais de Direitos Humanos até sua consolidação e adoção pelos Ordenamentos Jurídicos aderentes à Convenções e Tratados de Direitos Humanos em todo o mundo. Russowsky (2012, p. 64) faz importante menção quanto à criação do referido controle:

O denominado controle de convencionalidade originou-se na França, especificamente na década de 70, em um caso que o Conselho Constitucional Francês, na decisão 74-54 DC, de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis, ou seja,

compatibilidade das leis com os tratados ratificados pela França, que nesse caso, tratava da compatibilidade das leis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

De forma primária, faz-se necessário o discernimento entre o Controle de Constitucionalidade e Controle de Convencionalidade. Tem-se que o Controle de Constitucionalidade cuida da análise feita entre normas infraconstitucionais e a Constituição Federal de 1988, tratando-se de um exame de comparação entre atos legislativos e normativos em sobreposição àquela, conforme dita Roldan (2012, s.p.):

Controle da constitucionalidade é a verificação da adequação vertical que deve existir entre as normas infraconstitucionais e a Constituição. E sempre um exame comparativo entre um ato legislativo ou normativo e a Constituição. Todo ato legislativo ou normativo que contrariar a Lei Fundamental de organização do Estado deve ser declarado inconstitucional.

Quanto ao Controle de Convencionalidade, tem-se que o objeto comparativo está em uma norma infraconstitucional em sobreposição aos ditames de um tratado ou convenção internacional de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e que não possui força de emenda à constituição. Extrai-se, portanto, que não há que se falar em Controle de Constitucionalidade entre Leis Ordinárias e o Pacto São José da Costa Rica, visto que este está desmunido de força de Emenda Constitucional e complementa Russowsky (2012, p. 65)

Assim, o controle de convencionalidade ele é exercício através de uma harmonização das leis de um país, tendo-se como parâmetro os tratados internacionais, que poderão ser tratados internacionais que versem sobre temas diversos ou tratados internacionais sobre direitos humanos. [...] O controle de convencionalidade está diretamente relacionado aos casos de (in)compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos. O controle de convencionalidade pode ser uma técnica legislativa de compatibilização, no qual o parlamento com os instrumentos de direitos humanos ratificados pelo país, realiza um controle; mas também poderá ser um meio de controle judicial de convencionalidade, no qual há a declaração de invalidade de leis incompatíveis com os tratados internacionais, tanto pela via de exceção, difusa, processo subjetivo, quanto pela via de ação, concentrado, processo objetivo.

Consoante a isto, antes de adentrar no mérito das conflitantes decisões do STJ quanto à compatibilidade do crime de Desacato em relação à CADH, faz-se necessário compreender as razões que levaram a corte a utilizar o manejo judicial da convencionalidade. O caráter supralegal da Convenção legitima o judiciário a exercer esta figura de manejo legal da validade das normas infraconstitucionais. Doutra forma dito, o Art. 105, III “a” da Constituição Federal (1988, p. 42) estabelece de forma expressa, que:

**Art. 105.** Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

**III** - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

**a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;** (grifo do autor)

O acréscimo constitucional do §3º ao inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição Federal, segundo Mazzuoli (2009, p. 114), trouxe a necessidade de se aplicar um novo controle judicial de validade, sendo este o Controle de Convencionalidade. Ainda ressalta em seus escritos o entendimento acerca da compatibilidade das normas internas sobrepostas aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil:

À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º , § 2º CF/88 ) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º , § 3º CF/88 ), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Conforme dita Mazzuoli (2009), o primeiro entendimento que se deve ter com relação ao Controle de Convencionalidade é o de que a incompatibilidade da lei ordinária com o tratado internacional de direitos humanos sem força de emenda constitucional e a Constituição enseja numa destituição de validade se sobreposta ao crivo do direito interno. Importa destacar de Mazzuoli (2009, p. 115) que, embora a lei ordinária esteja de acordo com a Constituição, mas contrariando tratado de direitos humanos ratificados pelo Brasil, poderá ser considerada vigente, com a ressalva de que não terá validade em sua aplicação fática, a saber:

Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna inválidas as normas jurídicas de direito interno.

Vigência e validade são termos que merecem ressaltos, visto que sua confusão terminológica obsta o entendimento acerca do controle de

convencionalidade das normas infraconstitucionais. Ainda que haja alguma parcela doutrinária que diverge quanto ao entendimento da vigência e validade das normas, é de fundamental relevância o entendimento majoritário, dito ainda nas palavras de Mazzuoli (2009, p. 116)

Com efeito, a existência de normas inválidas, pode ser facilmente explicada distinguindo-se duas dimensões da regularidade ou legitimidade das normas: a que se pode chamar 'vigência' ou 'existência', que faz referência à forma dos atos normativos e que depende da conformidade ou correspondência com as normas formais sobre sua formação; e a 'validade' propriamente dita ou, em se tratando de leis, a 'constitucionalidade' [e, podemos acrescentar, também a 'convencionalidade'], que, pelo contrário, têm que ver com seu significado ou conteúdo e que depende da coerência com as normas substanciais sobre sua produção. Nesse sentido, a vigência de determinada norma guardaria relação com a forma dos atos normativos, enquanto que a sua validade seria uma questão de coerência ou de compatibilidade das normas produzidas pelo direito doméstico com aquelas de caráter substancial (a Constituição e/ou os tratados internacionais em vigor no país) sobre sua produção.

Consoante ao dito, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro distingue entre tornar uma norma vigente e esta norma ser válida em sua aplicação fática. Trata-se que, se uma lei é aprovada pelo Congresso Nacional, e posteriormente sancionada pelo Presidente da República, sua norma será vigente, tendo por conseguinte existência no plano jurídico interno. Entretanto, não há garantia de que esta norma será válida, visto que materialmente e por intermédio da hermenêutica jurídica poderá ser considerada inválida, sendo portanto ausente de eficácia. Com vistas a complementar, Mazzuoli (2009, p. 117) ressalta:

Apenas havendo compatibilidade vertical material com ambas as normas – a Constituição e os tratados – é que a norma infraconstitucional em questão será vigente e válida (e, consequentemente, eficaz). Caso contrário, não passando a lei pelo exame da compatibilidade vertical material com os tratados (segunda análise de compatibilidade), a mesma não terá qualquer validade (e eficácia) no plano do direito interno brasileiro, devendo ser rechaçada pelo juiz no caso concreto.

Resta evidente que o Controle de Convencionalidade busca a compatibilização vertical das normas vigentes no país em relação aos tratados de direitos humanos sem força de emenda constitucional. Conforme dita Mazzuoli (2009, p. 117), tem-se que este instrumento de manejo legal da validade das normas deva ser exercido por todo o judiciário, bem como tribunais internacionais na medida em que couberem:

Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os

atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internos devem realizar o controle de convencionalidade (para além do clássico controle de constitucionalidade), mas também os tribunais internacionais (ou supranacionais) criados por convenções entre Estados, em que estes (os Estados) se comprometem, no pleno e livre exercício de sua soberania, a cumprir tudo o que ali fora decidido e a dar sequência, no plano do seu direito interno, ao cumprimento de suas obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional.

Para que se faça uso do Controle de Convencionalidade, o judiciário brasileiro não necessita de qualquer autorização ou chancela internacional, bastando que o julgador do caso concreto verifique a incompatibilidade e aplique este manejo judicial de validade da norma. Russowsky (2012, p. 66) ressalta quanto aos sujeitos habilitados:

Quanto aos sujeitos habilitados para realizar o controle de convencionalidade, deve-se compará-lo ao controle de constitucionalidade, no qual poderá haver controle difuso, realizado por todo e qualquer juiz no caso concreto, ou concentrado, possível de ser realizado apenas por determinados juízes. Denominado por Nestor Pedro Sagués como controle de convencionalidade positivo ou construtivo é aquele em que todos os juízes poderão realizar o controle, pois nessa hipótese não será declarada a inconvencionalidade, somente havendo a interpretação da norma interna (preceito interno) a luz da Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana, havendo uma adaptação das normas aos parâmetros. Controle de convencionalidade é o controle difuso, assim, qualquer juiz poderá realiza-lo, seja repressivo ou positivo. Nessa situação o juiz nacional comporta-se como juiz interamericano, assim, lei interna ou jurisprudência que o impedisse desse labor seriam inconvencionais, inválidas.

O referido controle passa a ter caráter difuso também, assim como o controle de constitucionalidade, cabendo a qualquer juiz ou tribunal o manifesto conforme supra. Nas palavras de Mazzuoli (2009, p. 129) verifica-se:

Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode-se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio, os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.

Ressalta-se, neste sentido, que também é plenamente possível o Controle de Convencionalidade Concentrado, a ser exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, tal cabimento se dá apenas nas hipóteses de Tratados de Direitos Humanos aprovados pelo rito do §3º, inciso LXXVIII, CF/1988. Sintetizando a ideia, Mazzuoli (2009, p. 129):

Assim, é bom deixar claro que o controle de convencionalidade difuso existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após esse período, não obstante jamais qualquer doutrina no Brasil ter feito referência a esta terminologia. Já o controle de convencionalidade concentrado, este sim, nascera apenas em 8 de dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional no 45.

De acordo com Russowsky (2012, p. 65) o Controle de Convencionalidade é orientado por três fundamentos principais, a saber:

Um primeiro fundamento advém do princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais por parte dos Estados, obrigação de cumprir com o pacto comprometido (*pacta sunt servanda*). Um segundo fundamento é derivado do princípio do efeito útil dos convênios cuja eficácia não pode ser afastada por normas praticas dos Estados. Por fim, um terceiro fundamento conecta-se ao princípio internacionalista que impede alegar-se direito interno para eximir-se dos deveres sobre direitos dos tratados (art. 27 da Convenção de Viena de 1969).

Decorrente a isto, tem-se que o Controle de Convencionalidade acaba por gerar alguns efeitos, podendo ser compreendido entre efeito repressivo e construtivo. Com vistas a explicar a ideia, Russowsky (2012, p. 66):

[...] um efeito repressivo, no qual a norma doméstica oposta ao pacto ou a jurisprudência da Corte Interamericana é inconvenção, não sendo possível sua aplicação ao caso, sendo a mesma **invalidada** no caso concreto (controle difuso concreto de convencionalidade); e um segundo efeito é o efeito positivo ou construtivo, que acaba por ser consagrado após o caso *Radilla Pacheco*, ratificado pela corte no caso *XakmokKased e Cabrera Garcia-Montiel Flores*, os quais determinam que os juízes devem aplicar e fazer funcionar o direito local de acordo com as regras da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou seja, realizando uma releitura do direito nacional de forma harmonizante, lendo-se as disposições domésticas como convencionais ou inconvenções. No entanto, aponta Valério Mazzuoli, que ainda poderá existir o controle concentrado de convencionalidade, realizado por um tribunal determinado. No caso do Brasil quem é competente para tanto é o STF, através de um processo constitucional objetivo, que será melhor analisado adiante. (grifo nosso)

O Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-SP, alegou que o caráter supralegal torna inválidos as disposições ordinárias internas que contrarie tratado de direitos humanos com ele conflitante, bem como deva ser inaplicável ao caso concreto.

Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, **torna inaplicável**

**a legislação infraconstitucional com ele conflitante**, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). (grifo nosso)

Ao abordar que o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a lei infraconstitucional que a conflite, o Ministro Gilmar Mendes se refere ao principal efeito do Controle de Convencionalidade existente e aplicável ao caso concreto, o efeito paralisante. Ademais, será analisado nas decisões do STJ as alegações e fundamentos que motivaram aplicar o Controle de Convencionalidade ao crime de desacato, por ser incompatível com a CADH, ensejando assim na aplicação deste efeito paralisante ao tipo penal inscrito no artigo 331 do Código Penal (Desacato).

#### 1.4 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PENSAMENTO

Para se compreender os posicionamentos diversos dos STJ no tocante à incompatibilidade do crime de desacato sob o prisma do Pacto São José da Costa Rica, tem-se por requisito o entendimento acerca da Liberdade de Expressão e Pensamento, bem como ela é vista sob o ângulo doutrinário e jurídico brasileiro.

O ser humano possui a necessidade de se comunicar, e esta é vista pelo Estado com uma garantia especialmente fundamental. A comunicação livre é indissociável da dignidade da pessoa humana, bem como pressuposto para a existência Estado Democrático de Direito, razão pela qual a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso IV, assegura a todos a liberdade de manifestação, vedado o anonimato.

Em consonância, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada do ano de 1978, especificamente em seu artigo 11 dita:

Artigo 11º- A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei.

Verifica-se também escritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo XVIII:



Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.

Principalmente, conforme mencionado supra, verifica-se na CADH de 1969, em seu artigo 13, a garantia existente para que o indivíduo se manifeste perante o que lhe convier, ressaltando a possibilidade de responsabilidade ulterior por eventuais abusos:

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores [...]

Com vistas a elucidar o tema, Tôres (2013, p. 2) sintetiza:

Mais do que um direito, a liberdade de expressão pode ser entendida como um conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação. Sendo diversas as formas de expressão humana, o direito de expressar-se livremente reúne diferentes liberdades fundamentais que devem ser asseguradas conjuntamente para se garantir a liberdade de expressão no seu sentido total. Tal conjunto de direitos visa à proteção daqueles que emitem e recebem informações, críticas e opiniões. Assim, na ordem jurídica contemporânea, a liberdade de expressão consiste, em sentido amplo, num conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, que compreende: a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação.

Tôres (2013, p. 2) afirma ainda que a liberdade de expressão esta correlacionado à garantia de voz ao indivíduo, visto que este detem o direito de fazer alusões e manifestar seu pensamento principalmente sobre a coisa pública, e assim discorre:

No que respeita à democracia, a liberdade de expressão é direito fundamental diretamente correlato à garantia de voz aos cidadãos na manifestação de suas várias correntes políticas e ideológicas. É certo que a proteção da liberdade de expressão não é suficiente para assegurar a participação popular no debate político, pois os direitos fundamentais efetivam-se de modo interdependente: a eficácia de um direito fundamental depende da eficácia dos demais. Porém, não restam dúvidas de que tal liberdade é imprescindível que aqueles que desejem manifestar-se na esfera pública tenham como fazê-lo e não sejam reprimidos por isso.

De forma implícita, o direito de liberdade de expressão garante outros direitos de relevância fundamental para a existência do Estado Democrático de Direito. Verifica-se portanto, nas palavras de Tôres (2013, p. 3), que não se pode restringir

e dogmatizar o direito de liberdade de expressão, devendo portanto, ampliar o seu rol interpretativo com vista à garanti-la de forma integral:

Dessa maneira, é correto dizer que, conexos e intrínsecos à liberdade de expressão, encontram-se também outros direitos, como o direito de informar e de ser informado, o direito de resposta, o direito de réplica política, a liberdade de reunião, a liberdade religiosa etc. Por conseguinte, a concepção de liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível, desde que resguardada a operacionalidade do direito.

Válido ressaltar que este direito não coaduna com excessos que extrapolem os limites de expressão. A própria Constituição Federal de 1988 pode limitar e permitir que as legislações infraconstitucionais reprimam àquele que atinge a honra, moral e integridade física e psicológica mediante quaisquer de seus modos de expressão. Fernandes (2011, p. 279) define:

Nesses termos, para a doutrina dominante, falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas (antissemitismo, apologia ao crime etc...).

Tôrres (2013, p. 74) é claro ao dizer que “A regulação da liberdade de expressão exige a atuação do Estado direcionada à garantia de mediação entre grupos sociais minoritários e majoritários no domínio da comunicação”. Neste sentido, o autor supra ainda define:

Diante disso, afirma-se a imprescindibilidade da regulação da liberdade de expressão. Para além da sua simples garantia constitucional, é preciso que ela se efetive em equilíbrio com os demais direitos fundamentais. Todavia, como visto inicialmente, essas normas restritivas ou reguladoras devem observar requisitos formais e materiais, sendo qualificadas com exatidão, pois são exceções. É inegável que tais restrições excepcionais devem derivar da própria Constituição, mediante os limites expressos pelas normas constitucionais, a ponderação necessária perante a colisão das liberdades comunicativas com outros direitos constitucionais e, também, a permissão de regulação por lei infraconstitucional.

A regulação da liberdade de expressão se dá pelo fato desta se confrontar com demais direitos também constitucionais. Neste sentido, tem-se na lei um refúgio que visa harmonizar e diluir os possíveis conflitos, buscando assim a própria efetivação dos princípios constitucionais. Tôrres (2013, p. 74) esclarece:

Ademais, a regulação legislativa da liberdade de expressão tem o condão de evitar uma restrição imprevisível e diversificada pelo Judiciário, por meio de sua atividade cognitiva e hermenêutica. A ponderação pelo Legislativo, que é passível de maior controle e padronização, pode sofrer controle prévio de constitucionalidade e envolve – ainda que de modo representativo – a coletividade na sua construção; isso viabiliza um debate mais denso, o que não se verifica na atividade interpretativa do Judiciário. Dito de outra forma, a elaboração de uma lei requer requisitos formais e materiais que desencadeiam controle mais firme da sua estrutura reguladora e delimitadora de uma liberdade comunicativa. É claro que uma sentença também apresenta requisitos a cumprir, embora não tão rígidos como os de uma lei, e as circunstâncias fáticas e pessoais de cada aplicador podem trazer insegurança jurídica diante de limitações divergentes da liberdade de expressão. Assim, é mais seguro e coerente que a regulação da liberdade de expressão fique a cargo da lei e não só da atividade interpretativa do aplicador do Direito.

Ao citar sobre regulação da liberdade de expressão, verifica-se grande instabilidade jurídica no tocante à proibição do excesso. Reale (2010) diz ainda que definir o limiar que caracteriza extrapolação pelo indivíduo, bem como balancear as permissões e proibições é um grande desafio ao julgador do caso em concreto. Apenas verificando a proporcionalidade ao decidir não garante que de fato esta decisão foi justa, visto que cada intérprete dos limites da liberdade de expressão analisa de um maneira, valorando sob a perspectiva pessoal que atribui a cada caso. Neste sentido Reale (2010, p. 395) ensina:

Em suma, pode-se, desde já, inferir que a aplicação da máxima da proporcionalidade por via da análise das três máximas parciais, como diz Alexy, são importantes para dirigir, circunscrever, orientar a explicação da escolha, no caso concreto, acerca da primazia de um direito fundamental sobre outro. Contudo, o estudo da adequação da solução, da necessidade e da correspondência justa ao fim almejado não são suficientes para dotar este juízo de ponderação de objetividade, de certeza, pois, a cada intérprete uma ponderação, segundo a sua própria percepção do peso que possui cada direito fundamental e o valor que encerra.

Reale (2010, p. 397) ainda traz à baila a importância sobre o viés pela qual o legislador deve se pautar para a elaboração de conteúdos legislativos que versem sobre a liberdade de expressão e seus correlatos:

Na elaboração da legislação direcionada à regulação infraconstitucional da liberdade de expressão, ganha destaque a exigência constitucional de que o exercício das liberdades comunicativas não se desenvolva de modo incompatível com a promoção e a garantia da dignidade da pessoa humana. Dentro das liberdades e dos direitos fundamentais existe um conteúdo que não pode jamais ser objeto de ponderação legislativa restritiva, pois sua afetação resultaria em substancial violação de seu fundamento. Dito de outra forma, a regulação infraconstitucional da liberdade de expressão deve atentar para a primazia da dignidade da pessoa humana.

Tôrres (2013, p. 77) enfatiza que o objetivo dos direitos fundamentais é entre outras a garantia da dignidade da pessoa humana. Mediante a isto, verifica-se que o abuso da liberdade de expressão enseja numa instabilidade dos parâmetros que regem a dignidade da pessoa humana, necessitando assim sua plena regulação infraconstitucional.

[...] como os demais direitos fundamentais, a liberdade de expressão tem como fim garantir a dignidade humana. Nenhum exercício de direito pode ser reconhecido como legítimo quando se dá no sentido contrário a seu objetivo e fundamento. Quando o abuso de direito for tamanho que ameace a dignidade, tem-se violação capaz de liquidar a finalidade da garantia constitucional, desfigurando-a. A partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais, afasta-se a absurda e perigosa interpretação da liberdade de expressão como “sobredireito”, tornando-se evidente a necessidade de sua regulação infraconstitucional para que seu exercício se mostre compatível com o propósito maior de garantir uma vida digna para todos.

Tôrres (2013, p. 79) enfatiza a importância de se lutar pela liberdade de expressão, bem como a necessidade de se efetivar tais liberdades com vistas a igualar todos aqueles que na sociedade convivem:

Regular e dar efetividade aos direitos fundamentais – entre eles a liberdade de expressão – significa lutar em prol da meta constitucional de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Com esse objetivo, a abstração e sobreposição hierárquica do direito fundamental de liberdade de expressão pode acarretar a distorção de sua finalidade, na medida em que submete seu exercício às relações de poder que almejam a manutenção dos privilégios oriundos das injustiças que configuram o quadro social e político atual, obstando sua evolução crítica e contribuindo para a conformação de uma sociedade passiva e apática perante os problemas jurídicos e políticos do País.

Ante ao exposto, verifica-se que a liberdade de expressão tem papel fundamental na composição do Estado Democrático de Direito, visto que a sociedade deve ter o direito de se expressar, bem como manifestar sua opinião sobre os temas que lhe forem pertinentes. Criar debates jurídicos e políticos a respeito da liberdade de expressão é dar voz ao cidadão, visto que a harmonia social se encontra em equacionar os indivíduos que nela convivem, para que desta forma não haja censura e muito menos abuso do direito de expressão.

## 2 ASPECTOS HISTÓRICOS E APONTAMENTOS DO CRIME DE DESACATO

### 2.1 HISTÓRICO DO CRIME DE DESACATO

O crime de Desacato remonta ao Direito Romano, conforme Neto (2013, p. 2) trata-se época em que as palavras ofensivas proferidas em desfavor de magistrado no exercício de sua função eram denominadas de *iniuria atrox*. Tal conduta era punida até com a morte, sendo o infrator decapitado perante os demais, visto que a honra era tida como tão importante quanto à vida, veja-se então o que Lacerda Neto (2013) tem a dizer: “Puniam-se com a morte os desacatos às autoridades, notadamente o homicídio ou a tentativa de homicídio do ocupante de cargo público, perduélio do tipo mais grave, qualquer que fosse o cargo, patricio ou plebeu.”

Lacerda Neto (2013, p. 6) ainda exemplifica quais condutas era tidas como Desacato aos Magistrados da cidade de Roma:

Constituíam formas específicas de ultrajes ao imperador: 1) portar as insígnias do imperador, notadamente trajar-se com roupas vermelhas, cor que eles usavam, exclusivamente. 2) A pesquisa do futuro, por meios sobrenaturais, designadamente quando relacionada com a casa imperial e com a sucessão do imperador. 3) Insultar a imagem do imperador, como, demais, a de qualquer cidadão, o que originou processos abusivos que a própria lei conteve. 4) A recusa de jurar pelo gênio do imperador, que constituía ultraje e manifestação de apostasia, porquanto jurar por pessoa viva equivalia à confissão de dependência dela. 5) Jurar em nome do imperador ultrajava-o quando se jurava em falso ou quando não se cumpria a palavra jurada. 6) Havia ultraje na entabulamento de relações sexuais com a imperatriz.

Nesta época, a imagem dos magistrados era primordial para a manutenção do poder e controle sobre todos. Desta forma, aquele que contrariasse a sua imagem, ofendendo-o, era tido como rival estatal, bem como sua pena era definida pela tribuna, variando de confisco de bens à morte, a depender do grau de retaliação arbitrado, Neto (2013, p. 7):

O culpado passava da condição de cidadão para o de inimigo da pátria, o que não se verificava nos demais crimes. As penas aplicadas ao crime de lesa-majestade variavam conforme o arbítrio do tribunal. Quando acompanhada do incumprimento de dever, amiúde punia-se a este e não à lesa-majestade; muitas vezes, punia-se brandamente, com multas e não com a morte, abrandamento devido aos tribunos da plebe

Ademais, Neto (2013, p. 8) enfatiza as demais formas de punição àqueles que insultassem os magistrados da cidade de Roma:

Geralmente, executava-se o condenado, ao que se adia, amiúde, a privação de sepultura e a proibição de luto; o seu patrimônio era confiscado, de ofício, pelo Estado, desde o momento do cometimento do crime. Também se usava banir o condenado, para fora da Itália, com cominação de morte caso o banido adentrasse-lhe, ou deportá-lo (fixar-lhe residência em local determinado), com confisco total ou parcial da sua fazenda.

O crime era punido de forma diferente se cometido de maneira coletiva, visto que o clamor da massa era interpretado individualmente de maneira diversa pela tribuna, Neto (2013, p. 8):

Quando cometido coletivamente, os diferentes agentes eram punidos com penas diferentes, a saber, privação de liberdade ou do direito de testar. Uma constituição de Arcádio, que Justiniano manteve, punia também os filhos dos condenados, por excluí-los do exército e dos cargos públicos e por incapacitá-los a adquirir por morte.

Desta forma, resta evidente o grau de reprovabilidade daqueles que insultavam os Magistrados de Roma, uma vez que eram punidos com extradição, confisco de bens e até a morte. Resta assim evidente que havia clara distinção e superioridade entre os agentes do Estado e os indivíduos particulares, sendo que lhes eram censurados o manifesto e a expressão sobre os magistrados de Roma e seus protegidos estatais.

## 2.2 O CRIME DE DESACATO NO BRASIL

Após alguns anos da Proclamação da Independência do Brasil, foi promulgado o Código Penal do Império, datado do dia 16 de Dezembro de 1830. A maioria da doutrina entende que neste código penal havia apenas ideias embriãs com características do crime de desacato atualmente, como é o caso do artigo 97, inscrito do Título II, Capítulo III, Parte Segunda do Código Penal Imperial, a saber:

Art. 97. Usar de violencia, ou ameaças contra os agentes do Poder Executivo para forçá-los a fazer de maneira ilegal um acto official, ou a deixar de fazer legalmente um acto official; ou a fazer como Official, um acto para que não estejam autorizados.

Usar de violencia ou ameaças para constranger algum Juiz, ou Jurado a proferir, ou deixar de proferir despacho, ordem, voto, ou sentença; ou a fazer, ou deixar de fazer qualquer outro acto official.

Penas - de prisão com trabalho por seis mezes a quatro annos, além das mais em que incorrer pela violencia, ou ameaças.

Porém, a terminação “Desacato”, somente foi inserida no direito penal brasileiro no ano de 1890, com a edição e promulgação do Código Penal Brasileiro de 1890. Verifica-se no Livro II, Título II, Capítulo V deste codex:

Art. 134. Desacatar qualquer autoridade, ou funcionario publico, em exercicio de suas funcções, offendendo-o directamente por palavras ou actos, ou faltando á consideração devida e á obediencia hierarchica:

Pena - de prisão cellualar por dous a quatro mezes, além das mais em que incorrer.

Paraphographo unico. Si o desacato for praticado em sessão publica de camaras legislativas ou administrativas, de juizes ou tribunaes, de qualquer corporação docente ou dentro de alguma repartição publica:

Pena - a mesma, com augmento da terça parte.

Entretando, este código penal de 1890 não perdurou por muito tempo. No ano de 1940, na chama “Era Vargas”, foi decretada a lei 2.848 de 1940, tratando-se de um novo Código Penal, o qual esta vigente.

Tem-se no artigo 331 deste códex, especificamente no Título XI - Dos Crimes Contra a Administração Pública, Capítulo II - Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral, a vigente tipificação do crime de Desacato, a saber: “Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.”

Pela expressão Desacato, Capez (2013, p. 574) complementa:

Tutela-se mais uma vez a dignidade, o prestígio, o respeito devidos à função pública, de modo a possibilitar o regular exercício da atividade administrativa. Sabemos que o funcionário público representa a vontade estatal. Para que dê fiel execução aos atos funcionais, é necessário que o prestígio e a autoridade da função pública sejam resguardados. Qualquer ato de violência ou qualquer ato ultrajante praticado contra o funcionário público prejudica o regular andamento da própria Administração Pública, de forma que, se não houvesse essa proteção legal, prejudicado estaria o desempenho da atividade administrativa.

Ante ao exposto, verifica-se que o legislador se preocupou em garantir o bom desempenho das atividades administrativas, bem como objetivou garantir o respeito a todos em repartições públicas e aos agentes do Estado, garantindo assim que o bens jurídicos, tanto coletivos quanto individuais, sejam protegidos e amparados por lei.

### 2.3 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA E CARACTERÍSTICAS

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro vigente, por ter pena máxima não superior a dois (2) anos, o crime de desacato constitui infração de menor potencial ofensivo, sendo regida pela Lei dos Juizados Especiais Criminais (9099/1995). Ademais, verifica-se que a ação penal é pública incondicionada, uma vez que se trata de crime contra a administração pública em geral, independentemente de provocação ou vontade da vítima para que proceda a ação penal.

Conforme dita Capez (2013, p. 573), a ação nuclear do tipo e pauta no verbo desacatar, que consiste na prática de qualquer ato ou emprego de palavras que causem vexame, humilhação ao funcionário público:

Assim, pode consistir o desacato no emprego de violência (lesões corporais ou vias de fato), na utilização de gestos ofensivos, no uso de expressões caluniosas, difamantes ou injuriosas, enfim, todo ato que desprestigie, humilhe o funcionário, de forma a ofender a dignidade, o pretígio e o decoro da função pública.

Neste sentido, Capez (2013, p. 573) ainda exemplifica possíveis situações passíveis de serem tipificadas como Desacato:

Citem-se os seguintes exemplos: Cuspir no rosto do oficial de justiça, puxar o cabelo do oficial do cartório, atirar papeis no promotor de justiça, afirmar ao juiz, em audiência, que ele é um caça-níqueis, rogar praga contra funcionário, jogar urina nele, xingá-lo, dar uma leve bofetada na face do policial.

Ademais, aduz Capez (2013, p. 574) da obrigatoriedade de se ter um funcionário público presente no contexto fático para que haja crime de Desacato, podendo em caso diverso, ser tipificado como calúnia, injúria e difamação, na forma majorada.

É, contudo, imprescindível que o ato seja praticado ou a palavra proferida na presença do funcionário público. Por isso, não há desacato se a ofensa é feita, por exemplo, por meio de carta, telefone, petição subscrita por advogado. Conforme a doutrina, entretanto, a existência do desacato não pressupõe que o agente e o funcionário estejam face a face. Desse modo, haverá crime se estiverem, por exemplo, em salas separadas, com as portas abertas, e o agente falar algo para o funcionário. Ressalva-se que, desde que presentes no mesmo local, não é necessário que o funcionário ouça ou veja o ofensor: basta que tome conhecimento da ofensa. Caso o funcionário público não se encontre no mesmo local que o ofensor, o crime praticado poderá ser outro: calúnia, difamação, injúria, na forma majorada (CP, art. 141, II), ameaça, etc.



Capez (2013, p. 574) ainda faz menção quanto à distinção entre os delitos de Desacato e Resistência, uma vez que há demasiada confusão no tocante à sua tipificação e entendimento, veja-se:

Importante notar que o crime de desacato em muito se parece com o crime de resistência, na medida em que este também admite o emprego de violência ou ameaça contra funcionário público. O que os difere é a intenção, presente no delito de desacato, de humilhar, menoscar a autoridade pública, ao passo que na resistência há mera vontade de se opor à execução de ato legal.

Para que se configure o delito de desacato é necessário que ocorra no exercício da função ou em razão dela, Capez (2013, p. 574) esclarece:

a) No exercício da função (“In Officio”): Diz com a ofensa assacada contra funcionário que esteja no desempenho de sua função, isto é, praticando atos de ofício. Não exige o tipo penal que ele esteja da repartição pública, mas sim no exercício funcional.

b) Em razão do exercício da função (“Propter Officium”): Nessa hipótese, o funcionário está fora do exercício de sua função, mas a ofensa contra ele irrogada diz respeito a ela. Por exemplo: dizer em um restaurante que o funcionário é um “sanguessuga” da Administração Pública. Veja-se que, aqui, pelo de o agente não se encontrar no desempenho da função pública, a lei exige que a ofensa tenha nexos causal com a função por ele exercida, pois só assim a dignidade, o prestígio da Administração Pública terão sido atingidos. Contudo se a ofensa disse respeito à vida particular do funcionário, configurar-se-á crime contra a honra. Por exemplo: afirmar que ele é adúltero, pois na hipótese não há falar em ofensa à Administração Pública.

No tocante aos sujeitos que integram o tipo penal de desacato, tem-se a divisão entre ativo e passivo. Capez (2013, p. 575) ressalta que por se tratar de um crime comum, qualquer pessoa pode praticar este delito. Noronha ( *apud* CAPEZ 2013, p. 575) cita a corrente adota pelo Brasil e pela doutrina no tocante à possibilidade do sujeito ativo ser funcionário público:

Para Noronha, o funcionário público pode cometer o delito de desacato, considerado, agora, como despidido dessa qualidade. Admite o autor que o desacatante possa ser superior hierárquico do ofendido. Argumenta: Se o ofendido, no delito em apreço, é primacialmente a administração pública ou o Estado, o superior, que ofende o inferior, ofende, como qualquer outra pessoa, a administração, não podendo ele sobrepor-se a esta. É óbvio que, tutelando-se a administração, protegem-se seus agentes, não se excluindo os humildes e os modestos. Há a considerar ainda o seguinte. Se o delito em estudo pode ser cometido pelo particular, que não é nem superior nem inferior hierárquico do funcionário, não se vê por que, em se tratando de servidores públicos há de se atentar à relação hierárquica, quando está em jogo o mesmo bem jurídico e quando o funcionário, ao cometer tal crime, despe-se dessa qualidade, agindo e sendo considerado como particular. É a posição mais aceita na doutrina.

Quanto ao sujeito passivo, observa-se que de forma primária o Estado, sendo este o titular do bem jurídico tutelado. Porém, em segundo plano, tem-se o agente público. Capez (2013, p. 576) é sucinto ao dizer:

Sujeito passivo É o Estado, titular do bem jurídico tutelado. É também sujeito passivo o funcionário público desacatado. Se o ofendido, no momento da ofensa, não mais possui a qualidade de funcionário público, não há o crime em tela, pois a ofensa contra o particular não ofende os interesses da Administração Pública. Haverá, na hipótese, outro crime (lesão corporal, vias de fato, calúnia, difamação, injúria etc.). O ato de desacato praticado contra dois ou mais funcionários configura crime único, uma vez que o sujeito passivo imediato e primário do crime em tela é o Estado.

Para que a conduta praticada pelo ofensor seja de fato tipificada como desacato é necessário que esteja presente o Dolo, a vontade e ânimo de menosprezo pelo agente estatal. Trata-se então do elemento subjetivo do tipo penal. Capez (2013, p. 576) ressalta que o dolo deve abranger o conhecimento da qualidade de funcionário público, bem como de que este se encontra no exercício da função, ou que a ofensa é irrogada em razão dela. Ademais, menciona a possibilidade de incorrer no erro sobre a elementar do tipo:

Caso o agente incida em erro, poderá responder por outro crime: injúria, difamação, calúnia, lesão corporal etc. Dessa maneira, se o ofensor, por exemplo, injuriar um segurança particular supondo erroneamente tratar-se de policial militar no exercício da função, o crime será outro: injúria (CP, art. 140). Conforme entendimento majoritário da doutrina, exige-se o fim especial de ofender ou desprestigiar a função exercida pelo funcionário público (elemento subjetivo do tipo). Dessa forma, se a violência ou ameaça forem empregadas com o fim de se opor à execução de ato legal e não com o fim de humilhar, menoscar a função pública exercida pelo agente, o crime passa a ser o de resistência.

Válida menção faz Capez (2013, p. 577) referente às críticas possíveis que funcionários públicos podem sofrer sem que se caracterize o desacato:

A doutrina entende não se configurar o presente delito nas hipóteses em que o agente se restringe a criticar, censurar, de forma justa, o funcionário público, ainda que de maneira incisiva, enérgica, pois interessa a toda a sociedade que o serviço público seja fiscalizado. Assim, por exemplo, o advogado que, sem ser de forma ultrajante, critica o cartorário pelo fato de este ter sido negligente na condução do processo, pois deixara de juntar aos autos petição devidamente protocolada, não comete delito de desacato. Da mesma forma, se o ofensor apenas retorquiu a ofensa propalada pelo funcionário público, não deverá responder pelo delito em tela. Dessa forma, o cartorário que chama o advogado de “jumento” obviamente não será vítima de desacato se o último retrucar que ele é um “asno” 40. Também não se considera configurado o crime no mero ato de grosseria, o qual demonstra apenas falta de educação, sem que haja qualquer finalidade específica de menosprezar a função pública.

Desta maneira, considera-se consumado o crime de Desacato no momento em que são proferidas as palavras e os demais atos ofensivos. Conforme Capez (2013, p. 579): “Trata-se de crime formal, de maneira que não se exige que o funcionário público se sinta ofendido com os atos praticados. Não se exige também que terceiros presenciem o desacato para que o crime se repute consumado.”

A tentativa no crime de desacato merece ressalva, visto que a depender do meio empregado o tipo penal admite ou não a forma tentada. Noronha *apud* Capez (2013, p. 579):

Para Noronha, dependendo do meio empregado, é possível a tentativa. Assim, ela será inadmissível se ocorrer injúria oral, pois se trata da hipótese de crime unissubsistente. Ocorrerá, contudo, o conatus quando, por exemplo, alguém for impedido de agredir o servidor ou quando for impedido de atirar sobre ele imundície etc. Damásio E. de Jesus entende que nesses exemplos a atitude do sujeito ativo já configura desacato, pois a lei pune a atitude do autor, que pode consistir em simples gesto.

Nas lições de Capez (2013, p. 579), pode-se observar que o desacato abarca variados delitos, e que a depender do delito, este pode ser absorvido pelo desacato.

CONCURSO DE CRIMES a) Desacato e injúria ou difamação: o desacato pode constituir-se dos mais variados delitos (lesão corporal, vias de fato, crimes contra a honra etc.), de forma que, diante do princípio da consunção, se tais delitos forem mais levemente apenados que o desacato, como é o caso da injúria e da difamação, deverão ser absorvidos pelo crime em estudo.

Caso haja no mesmo contexto fático desacato e calúnia, dita Capez (2013, p. 579) que deverá o ofensor responder pelos dois crimes, visto que não poderá ser aplicado o princípio da subsunção, já que a calúnia possui a mesma pena do Desacato. Caso haja pluralidade de servidores, haverá apenas um crime, visto que o sujeito passivo primário é a Administração Pública.

Ademais, havendo desacato e lesão corporal grave ou resistência Capez (2013, p. 579):

Desacato e lesão corporal grave: na hipótese de o desacato consistir em lesão corporal grave, também não poderá ser aplicado o princípio da consunção, pois se trata de crime mais grave, devendo o agente responder pelo concurso formal de crimes. Haverá apenas a absorção pelo desacato se o delito for de lesão corporal leve ou vias de fato.

Desacato e resistência: se o desacato ocorrer durante a resistência, somente subsistirá este último crime, ficando absorvidas as ofensas. Se os crimes tiverem sido praticados em contextos fáticos

Verifica-se portanto, que o crime de desacato merece atenção em algumas de suas características. Ainda que venha a ser um tipo penal protetivo do Estado e seus agentes, deve-se observar os requisitos para que haja a tipificação junto ao ofensor. A compreensão do envoltos do crime de Desacato é primordial para o entendimento sobre sua (in) compatibilidade com o Pacto São José da Costa Rica, bem como é necessário para que o julgador do caso em concreto verifique se tratar de pleno exercício do direito fundamental de liberdade de expressão e pensamento ou de abuso e destrato da Administração Pública e suas figuras personificadas.

### 3 A (IN) COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO NO BRASIL À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

#### 3.1 DA COMPOSIÇÃO DO STJ E COMPETÊNCIA – TURMAS E SEÇÃO

De modo preliminar, faz-se mister compreender como é formado o STJ, visto que será fundamental para o entendimento das decisões que ensejaram na incompatibilidade do crime de desacato no Brasil, bem como sua posterior compatibilidade.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 104 caput, sobre o número mínimo de Ministros que deverá compor a Corte Superior: “O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros”. Ademais, com vistas a um melhor andamento processual, o regimento interno prevê que haverá plenário, seções especializadas e turmas especializadas para cada matéria de direito.

O §4º do Art. 2º do Regimento Interno do STJ assim delimita:

As Seções compreendem seis Turmas, constituídas de cinco Ministros cada uma. A Primeira e a Segunda Turmas compõem a Primeira Seção; a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda Seção; e a Quinta e a Sexta Turmas, a Terceira Seção. O Ministro mais antigo integrante da Turma é o seu presidente, observada a disposição do parágrafo anterior quanto à periodicidade.

No tocante à competência de cada turma, verifica-se no inciso IV do art. 13 do mesmo regimento interno, a saber:

IV - julgar, em **recurso especial**, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) **contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência**. (REG. INTERNO STJ, Art. 13, § IV)

Objetivando desacortinar a composição do STJ, verifica-se a tabela que ilustra as subdivisões existentes Corte Superior, com o fito de se compreender acerca do entendimento que resultou na incompatibilidade do crime de Desacato em relação ao Pacto São José da Costa Rica:

MATÉRIA	EXEMPLOS	SEÇÃO	TURMAS
Direito Público	Imposto, Previdência, servidores públicos, indenização do Estado, improbidade	Primeira	Primeira e Segunda
Direito Privado	Comércio, consumo, contratos, família, sucessões	Segunda	Terceira e Quarta
<b>Direito Penal</b>	<b>Crimes em geral, federalização de crimes contra Direitos Humanos</b>	<b>Terceira</b>	<b>Quinta e Sexta</b>

Figura 1 - Fonte: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt\\_BR/Institucional/Composição](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Institucional/Composição)

Desta maneira, a análise do REsp. 1.640.084, por ser de matéria penal e cotrariar tratado internacional de Direito Humanos, bem como lhe negar vigência, tem-se que a quinta turma do STJ foi a competente para analisar o caso da Incompatibilidade do Desacato à Luz da CADH. Verifica-se ainda que o presente REsp. teve como relator o Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, o qual integra a quinta turma e a terceira sessão do STJ.

Conforme mencionado supra, o STJ possui subdivisões que viabilizem a logística processual e a facilite. Tratam-se das turmas e seções que julgam e analisam os casos de acordo com a matéria a ser discutida. Atualmente o STJ se divide em seis (6) turmas, e a união de duas destas turmas formam uma seção conforme ilustrado anteriormente. As seções são especializadas, compondo-se de dez (10) ministros que são competentes para julgar reclamações e conflitos de competência, mandados de segurança, bem como recursos repetitivos e temas que

causem instabilidade jurídica como é o caso da (in) compatibilidade do crime de desacato à luz da CADH.

O regimento interno do STJ prevê em seu artigo 9º §3º:

Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa.

§ 3º **A Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à matéria penal em geral**, salvo os casos de competência originária da Corte Especial e os **habeas corpus de competência das Turmas que compõem a Primeira e a Segunda Seção.** (grifo nosso)

Ademais, no artigo 12 do Regimento Interno do STJ, especificamente em seu § único, tem-se que há algumas exceções em que é permitido que a seção julgue o feito originalmente instado para as turmas, a saber:

Art. 12. Compete às Seções processar e julgar: [...]

Parágrafo único. Compete, ainda, às Seções:

I - julgar embargos de divergência, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da Seção que integram;

**II - julgar feitos de competência de Turma, e por esta remetidos (art. 14);**

III - sumular a jurisprudência uniforme das Turmas da respectiva área de especialização e deliberar sobre a alteração e o cancelamento de súmulas. (grifo nosso)

Resta nítido que é possível que um Habeas Corpus que seria de competência inicial da quinta ou sexta turma do STJ seja remetido a julgamento pela terceira seção. Válido mencionar que o inciso II do artigo supramencionado deixa evidente o artigo 14 do regimento interno do STJ, o qual diz em quais casos os autos serão remetidos da turma para a seção, verifica-se então:

Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes:

I - quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em Súmula pela Seção;

**II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção;**

III - nos incidentes de assunção de competência.

Parágrafo único. **A remessa do feito à Seção far-se-á independentemente de acórdão**, salvo no caso do item III (art. 118, § 1º).

Será analisado a compatibilidade do Desacato em relação à CADH por intermédio do Habeas Corpus 379.269 – MS, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul perante o STJ, tendo como paciente Magno Leandro Santos Angelico. Tem-se por reclamação o afastamento do crime de Desacato em seu processo, com fundamento na decisão do REsp 1.640.084 do STJ de Relatoria

do Ministro Ribeiro Dantas, na qual reconhece a incompatibilidade do crime de desacato em decorrência dos dizeres da CADH. Porém, o entendimento de outros Ministros do STJ divergem desta decisão, o que enfatiza o desencontro de posicionamento na corte superior.

Desta maneira, por se tratar de divergência de entendimento entre turmas e ministros, os autos foram remetidos à terceira seção para julgamento. Tem-se como relator o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, e o Ministro Antônio Saldanha Palheiro obteve o voto vencedor, na qual reconheceu a criminalização do desacato e manteve a tipificação, ressaltando ser plenamente válido no ordenamento jurídico, contrariando a decisão do REsp. 1.640.084 – SP.

### 3.2 A INCOMPATIBILIDADE E DESCRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO

O Recurso Especial 1.640.084 – SP foi interposto perante o STJ por ALEX CARLOS GOMES, intermediado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, conforme dita o ordenamento jurídico, mais precisamente no art. 105, III “a” da Constituição Federal, na qual dispõe sobre o cabimento do REsp. Ante a isto, foi atacado em polo adverso o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, uma vez que a defesa verificou contrariedade entre os dizeres do acórdão e o Pacto São José da Costa Rica. Verifica-se como recorrido o Ministério Público de São Paulo que pugnou para manter o acórdão e seus efeitos na sua integralidade.

Trata-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a sentença condenatória que condenava o recorrente à pena de 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses de 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento do montante de 12 (doze) dias-multa, devido à prática do delito inscrito no artigo 157 do vigente código penal. Houve também a condenação à pena de 2 (dois) meses de 21 (vinte e um) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, pela prática do inscrito no artigo 329, caput, do código penal vigente, e à pena de 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, devido ao fato de praticar o inscrito no artigo 331 do vigente código penal, todos em concurso material conforme preceitua o artigo 69 do mesmo diploma penal.



Resta evidente que o recorrente fora condenado pela prática dos três crimes mencionados supra. Porém, será analisado e traçado apontamentos apenas na condenação pelo cometimento do crime de desacato, listado no artigo 331 do código penal vigente.

O recorrente alegou que houve diversas violações ao ordenamento jurídico vigente, bem como requereu que o Estado reconhecesse pela incompatibilidade do crime de desacato, visto que este é contrario ao que estabelece o artigo 13 da CADH, a saber:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão:

**§1º - Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão.** Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e **difundir informações e idéias de qualquer natureza**, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

§2º - O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. (grifo nosso)

Válido mencionar que o juízo de primeiro grau não enfrentou este argumento, razão pela qual contrariou o disposto no artigo 381 III do Código de Processo Penal, visto que não motivou sua decisão com fundamentos de direito. Em decorrência, o recorrente sintetizou seus pedidos ao Tribunal de Justiça de São Paulo com vistas a afastar a incidência do crime de Desacato, alegando que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconheceu pela incompatibilidade do desacato com o Estado Democrático de Direito, Dantas (2016) assim destaca:

a) que, embora entre as teses apresentadas para requerer a absolvição da acusação de crime de desacato estivesse a incompatibilidade do tipo penal deste crime com a Convenção Americana de Direitos Humanos o juízo de primeira instância não enfrentou esta questão, resultando assim ofensa ao disposto no art. 381, III, do Código de Processo Penal;" b) ser aplicável ao caso o princípio da insignificância, considerando não parecer "que o legislador, ao tipificar o crime de roubo e prever a severa pena de 4 a 10 anos de reclusão, visou tutelar conflitos penais como este, onde o patrimônio da vítima foi atingido em mínima fração e através de uma conduta desprovida do dolo caracterizador do crime de roubo, em virtude do notório e notado por todos estado anímico do agente;" e c) "o processo em tela apura suposta prática de crime de desacato pelo recorrente (art 331 do Código Penal), crime que não existe mais em nosso ordenamento jurídico. É que a Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão

Interamericana de Direitos Humanos firmou entendimento de que as normas de direito interno que tipificam o crime de desacato são incompatíveis com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. (E-STJ, REsp. 1.640.084, fls.1-2).

Porém, o Tribunal de Justiça de São Paulo não acatou os pedidos formulados, e assim decidiu conforme Ementa do STJ (REsp. 1.640.084, p. 1-2):

Sobre os argumentos defensivos atinentes à incompatibilidade do crime de desacato com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH (Pacto de São José da Costa Rica), que protege a liberdade de expressão e pensamento, a Corte paulista assim se manifestou: a) a abolição de qualquer tipo penal somente poderia ocorrer por meio de lei; b) o Tratado não é incompatível com o crime de desacato, pois a garantia da liberdade de expressão e pensamento não autoriza ofensa gratuita dirigida a servidores públicos; e c) a previsão do delito de desacato insere-se em hipótese de responsabilidade ulterior pela ocorrência das violações mencionadas no item 2 do art. 13 da Convenção.

Como consequência da negativa do Tribunal de Justiça de São Paulo, fora interposto o REsp 1.640.084, na qual será verificado infra.

Na ementa do REsp. 1.640.084 – SP, o Ministro Ribeiro Dantas (2016, p. 2) salienta que, em caso de antinomias jurídicas o Estado participante da Convenção é legítimo para adotar medidas legislativas diversas, com vistas a garantir e dar primazia aos direitos e liberdades fundamentais:

4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais.

Traz-se à luz o entendimento adotado pelo STF acerca da suprallegalidade dos tratados de Direitos Humanos ratificado pelo Brasil, entendimento este adotado pelo STJ, reforçando o pensamento de invalidade das normas que a eles contrariem, Dantas (2016, p. 3):

Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força suprallegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade.

Devido ao fato de haver este conflito de normas internas e a CADH, ressaltou Dantas (2016, p. 4) que as normas advindas da convenção são ampliativas quando

se tratar de direitos fundamentais. Dado isso, não há que se falar em tentativa de revogação do crime de Desacato, visto que apenas outra lei o poderia fazer. Porém, de forma inicial explana o efeito do Controle de Convencionalidade, o qual visa paralisar a eficácia da normativa interna conflitante, invalidando-a no plano fático.

Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual **paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário**, haja vista que **não se trata aqui de revogação, mas de invalidade**. (grifo nosso)

Menciona-se ainda que as instâncias infra entenderam que, visto a ausência de lei que revoga o crime de Desacato, este não pode ser inaplicável. Porém, é obrigação do judiciário a verificação de compatibilidade vertical das normas, ainda que não haja lei que a revogue:

Dessarte, ao contrário do que entenderam as instâncias ordinárias, a ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação de possível inconformidade do art. 331 do CP, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

É pacífico o entendimento da CIDH (1959), tendo se manifestado em diversos casos que envolveram Chile, Peru, Venezuela, Equador, Panamá, entre outros. Verifica-se a prevalência do Artigo 13 da CADH, na qual preza pela Liberdade de Expressão, sobre qualquer normativa interna:

Destaca-se, como paradigma, o Caso n. 11.012, relativo ao jornalista Horácio Verbitsky, condenado por desacato em razão de ter chamado de "asqueroso" o Ministro Augusto César Belluscio, da Suprema Corte de Justiça da República Argentina. A controvérsia foi resolvida mediante o compromisso do país vizinho no sentido de extirpar de seu ordenamento jurídico o delito de desacato. No caso Palamara Iribarne v. Chile (2005) a solução não foi amistosa, tendo a CIDH considerado que a República do Chile violou o disposto no art. 13 da Convenção ante a imputação do crime de desacato ao escritor Humberto Antonio Palamara Iribarne.

Relembra-se que em 1995 num de seus relatórios especiais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reafirmou seu entendimento ao dizer que o crime de Desacato se presta ao abuso, sendo visto como um instrumento de calar o cidadão e proporcionar uma proteção diferenciada aos agentes públicos, e assim mencionou Dantas:

No relatório especial de 1995, a Comissão afirmou que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

Recorda-se do 108º período ordinário de sessões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, datado do dia 27 de novembro de 2000. Nesta sessão houve a aprovação da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, de número 11, na qual diz:

Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como 'leis de desacato', atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.

A justificativa para a aprovação deste princípio serviu de base para a fundamentação pelo reconhecimento da incompatibilidade:

50. Como foi salientado anteriormente, o pleno exercício da liberdade de expressão é um dos principais mecanismos com que a sociedade conta para exercer um controle democrático sobre as pessoas que têm a seu cargo assuntos de interesse público. A CIDH se pronunciou claramente sobre a incompatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana: **A aplicação de leis de desacato para proteger a honra dos funcionários públicos que atuam em caráter oficial outorga-lhes injustificadamente um direito a proteção especial, do qual não dispõem os demais integrantes da sociedade. Essa distinção inverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático, que faz com que o governo seja objeto de controles, entre eles, o escrutínio da cidadania, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coativo.** Considerando-se que os funcionários públicos que atuam em caráter oficial são, para todos os efeitos, o governo, então é precisamente um direito dos indivíduos e da cidadania criticar e perscrutar as ações e atitudes desses funcionários no que diz respeito à função pública. Juntamente com as restrições diretas, as leis de desacato restringem indiretamente a liberdade de expressão, porque carregam consigo a ameaça do cárcere ou multas para aqueles que insultem ou ofendam um funcionário público. A esse respeito, a Corte Europeia afirmou que, apesar de as penas posteriores de multa e revogação de um artigo publicado não impedirem que o peticionário se expresse, elas 'equivalem, não obstante, a uma censura, que podem dissuadi-lo de formular críticas desse tipo no futuro'. O temor de sanções penais necessariamente desencoraja os cidadãos de expressar suas opiniões sobre problemas de interesse público, em especial quando a legislação não distingue entre os fatos e os juízos de valor. A crítica política com frequência inclui juízos de valor. **Quando são aplicadas, as leis de desacato tem um efeito direto sobre o debate aberto e rigoroso sobre as políticas públicas, que o Artigo 13 garante e que é essencial para a existência de uma sociedade democrática.** Ademais, a Comissão observa que, ao contrário da estrutura estabelecida pelas leis de desacato, em uma sociedade democrática, as personalidades políticas e públicas devem estar mais - e não menos - expostas ao escrutínio e à crítica do público. Como essas pessoas estão no centro do debate público e se expõem de modo consciente ao escrutínio da cidadania, devem demonstrar maior tolerância à

crítica. (...) 52. Nesse contexto, a distinção entre a pessoa privada e a pública tornase indispensável. **A proteção outorgada a funcionários públicos pelas denominadas leis de desacato atenta abertamente contra esses princípios.** Essas leis invertem diretamente os parâmetros de uma sociedade democrática, na qual os funcionários públicos devem estar sujeitos a um maior escrutínio por parte da sociedade. A proteção dos princípios democráticos exige a eliminação dessas leis nos países em que elas ainda subsistam. Por sua estrutura e utilização, essas leis representam enquistamentos autoritários herdados de épocas passadas, e é preciso eliminá-las. (grifo nosso)

A CIDH edita recomendações, e estas possuem força normativa interna, visto que o objetivo é observar a garantia e defesa dos Direitos Humanos. Dantas *apud* Ramos (2015, p. 234) ressalta sobre o dever de cumprir as recomendações da Comissão:

[...] a Corte [Interamericana de Direitos Humanos] sustentou que o princípio da boa-fé, consagrado também na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, obriga os Estados contratantes da Convenção Americana de Direitos Humanos a realizar seus melhores esforços para cumprir as deliberações da Comissão [CIDH], que é também órgão principal da OEA, organização que tem como uma de suas funções justamente promover a observância e a defesa dos direitos humanos no continente americano.

Ademais, tem-se que a adesão do Pacto São José da Costa Rica traz para a ordem interna toda a interpretação que seja recíproca com o fito de se observar os direitos humanos, sob pena de se negar a universalidade dos valores fundamentais inscritos nas convenções internacionais reconhecidas pelo Brasil.

No tocante ao discernimento entre reclamar perante um funcionário público sobre algo correlacionado com sua função e atentar contra sua dignidade funcional e pessoal, Dantas (2016, p. 6) salienta:

No crime de desacato, contudo, o sujeito passivo é o Estado e, apenas em segundo plano, também o funcionário público, e isto porque o bem jurídico precipuamente tutelado é o prestígio da função pública. Embora a jurisprudência afaste a tipicidade do desacato quando a palavra ou o ato ofensivo resultar de reclamação ou crítica à atuação funcional do agente público, o esforço intelectual de discernir censura de insulto à dignidade da função exercida em nome do Estado é por demais complexo, abrindo espaço para a imposição abusiva do poder punitivo estatal. Com efeito, a depender da suscetibilidade do funcionário, uma palavra ou um gesto poderá sujeitar o autor a longa e tormentosa ação penal, até que um tribunal venha reconhecer a arbitrariedade da imputação do crime do art. 331 do CP. Veja-se, por exemplo, que este Superior Tribunal já trancou ação penal por desacato, movida contra Promotora de Justiça que pronunciou a frase "eu nunca ouvi tanta besteira", direcionada ao Corregedor Geral do Ministério Público de seu Estado (HC 305.141/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 5/2/2015, DJe 18/2/2015). Noutra oportunidade, o STJ afirmou que "não houve desacato ao magistrado em

razão da função jurisdicional, tendo sido as ofensas a ele dirigidas em caráter pessoal, decorrentes de sua atitude como passageiro de companhia aérea" (HC 21.228/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/2/2003, DJ 24/3/2003). Outro caso de repercussão, infelizmente, é o da morte de três jovens do Morro da Providência, no Rio de Janeiro/RJ, na sequência de suas prisões por desacato a militares do Exército em operações naquela localidade. O caso foi investigado pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), que, no relatório de 30/9/2008, recomendou eliminar esse tipo penal, por violar parâmetros protetivos internacionais.

Em decorrência destes argumentos, verifica-se o projeto de lei nº 602/2015, de autoria do Deputado Federal Jean Wyllys, na qual diz que o Desacato é o crime da "Carteirada", sendo uma mazela social no Brasil que merece ser revista:

Uma das infelizes causas para tal prática é a existência de um tipo penal específico para o crime contra a honra praticado contra autoridade ou funcionário público, o desacato. A figura do desacato é, de certa forma, a legitimação jurídica da pergunta 'Você sabe com quem está falando?' que, como diz o antropólogo Roberto DaMatta, 'engendra um impasse pela introdução de uma relação [hierárquica] num contexto que teoricamente deveria ser resolvido pela aplicação individualizada e automática da lei'" (grifo do autor)

Enfatiza-se que não há consonância entre a criminalização do Desacato e o Humanismo, bem como dizer ser anacrônica, visto que se traduz em desigualdade, senão vejamos Dantas (2016, p. 7):

Não há dúvida de que a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. Afinal, é da Doutrina o conceito de que "todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é instrumento da soberana vontade e atuação do Estado", daí a especial proteção que lhe consagra a lei penal. Com todas as vênias, a existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito preconizado pela CF/88 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Ademais, a punição do uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São José abolissem suas respectivas leis de desacato.

Menciona-se ainda a frase atribuída a Luis XIV da França ao dizer que "o funcionário público que se sentir vitimado por qualquer desaire tem direito de invocar a cláusula absolutista e dizer, sem exagero, L'État c'est moi, porquanto com respaldo no art. 331 do CP."

Trata-se então, sobre a possibilidade de responsabilização ulterior àqueles que se exacerbem em suas expressões, bem como a existência dos tipos penais para quem o fizer. Há no vigente código penal outras figuras típicas que podem ser utilizadas a fim de responsabilizar o ofensor (calúnia, injúria e difamação) pelo abuso de suas expressões verbais e gestuais perante funcionário público no desempenho de suas atividades.

Assim, desfecha seu voto provendo parcialmente o recurso interposto:

Louvo-me, no aspecto, na argumentação expendida pelo Subprocurador-Geral da República, Doutor NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO, para "ressaltar que eventuais condutas que exorbitem os limites da razoabilidade podem ser suficientemente responsabilizadas por instrumentos de natureza cível e mesmo penal, aplicáveis a toda e qualquer pessoa, mostrando-se desnecessário manter um tipo dotado de conceitos vagos e imprecisos, que tem servido mais como meio de intimidação dos cidadãos do que para a proteção da Administração Pública."

Com razão, portanto, o recorrente, no ponto em que aduz **a inviabilidade da condenação por desacato com fundamento em tipo penal incompatível os parâmetros normativos oferecidos pelo art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica**, do qual a República Federativa do Brasil é signatária.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe parcial provimento, para afastar a condenação do recorrente pelo delito de desacato (art. 331 do Código Penal). (grifo nosso)

Desta maneira, verifica-se que o Ministro Dantas concluiu pela inviabilidade da condenação pelo crime de Desacato, visto sua incompatibilidade frente à CADH. Trata-se que seus fundamentos se pautam nas jurisprudências e recomendações internacionais, uma vez que estas estão consolidadas em diversos Estados aderentes da CADH, onde estes já reconhecerem ser o desacato um retrocesso na busca pela garantia da Liberdade de Expressão.

Aplicou-se então o efeito paralisante ao tipo penal de Desacato incrito no artigo 331 do Código Penal vigente, invalidando-o, visto que as razões para criminalizar o Desacato vão em sentido oposto aos ditames da Convenção Americana de Direitos humanos, bem como foge do ideal de igualdade dos indivíduos na composição do Estado Democrático de Direito.

### 3.3 A COMPATIBILIDADE E CRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO

Impetrado em favor de Magno Leandro Santos Angélico, por intermédio da

Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, o Habeas Corpus 379.269 – MS serviu de instrumento, juntamente com as jurisprudências e doutrinas nacionais e internacionais, para que a Terceira Sessão do STJ julgasse contrario ao proferido no REsp. 1.640.084 – SP.

Ocorre que o Habeas Corpus gira em torno da viabilidade de se aplicar o princípio da Consunção entre os crimes de Desacato (Art. 331 do Código Penal) e Desobediência (Art. 330 do Código Penal). Conforme a denúncia (e-STJ 2016, p. 8-10), o acusado, ora paciente do Habeas Corpus, teria praticado as seguintes condutas:

Fato I – Consta no incluso Inquérito Policial que, no dia 16 de agosto de 2015, por volta das 02h, na Rua Lourenço da Veiga com a Rua Marques de Herval, no Bairro Jardim Campo Belo, nesta Capital, foi flagrado conduzindo o veículo VW/Gol, cor vermelha, placas HTJ-7300, com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, conforme Termo de Constatação de Alteração da Capacidade Psicomotora (fl. 12).

Fato II – No mesmo dia, hora e local supramencionados, o denunciado desobedeceu ordem legal de policiais militares, visto que, após parar repentinamente seu automóvel em via pública, não atendeu a solicitação feita pelos milicianos para se retirar do veículo.

**Fato III - Ato contínuo, ao ser solicitada a identificação do denunciado, este desacatou policiais militares , no exercício de suas funções, realizando gestos obscenos e proferindo dizeres como "vai toma no cú seu bosta o que eu estou fazendo". (grifo nosso)**

Devido a isto, fora denunciado pela prática do crime inscrito no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e dos crimes previsto no código penal vigente, precisamente artigos 330 e 331, sendo Desacato e Desobediência respectivamente, na forma do artigo 69 também do mesmo código.

Trata-se que o Juízo, no momento da decisão de admissibilidade, optou pela rejeição da denúncia no tocante ao crime de desobediência, recebendo portanto, os demais delitos, sendo o desacato e a embriaguez no volante.

Insatisfeito, o Ministério Público Estadual interpôs Recurso em Sentido Estrito na própria via originária, o qual obteve provimento nos dizeres do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que tem a seguinte ementa (e-STJ, 2016, p. 123):

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESOBEDIÊNCIA E DESACATO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - INVIABILIDADE - RECURSO PROVIDO. E inaplicável o princípio da consunção, quando os crimes são autônomos, ou seja, quando um não é obrigatoriamente fase de preparação ou execução do outro. Para a aplicação do referido princípio, a análise deve ser feita entre fatos concretos e não entre normas; pois há a



prática de mais de um tipo penal, porém, configura apenas um delito, dessa forma, o momento mais adequado para a aplicação do referido princípio, é o da prolação da sentença, após a instrução processual, pois necessária uma análise aprofundada dos fatos e da autoria, salvo em casos excepcionais. No presente caso, não se verifica, de plano, a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas praticadas pelo recorrido; incabível, portanto, a aplicação do princípio da consunção neste momento. CONTRA O PARECER - RECURSO PROVIDO.

Desta decisão que deferiu o pedido inaplicabilidade do princípio da Consunção, foi impetrado o Habeas Corpus 379.269 - MS. A Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul argumentou no sentido de haver constrangimento ilegal ao paciente, visto o provimento dado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que declara ser incabível o pedido de absorção do crime de Desobediência pelo Desacato.

A liminar foi indeferida pelo Ministro Relator, e o Ministério Público Federal ao dar vista ao processo, optou pelo não conhecimento do Habeas Corpus, visto a impossibilidade de revolver a matéria de fato e as provas mediante a via escolhida pela defesa.

O Ministro Relator do presente Habeas Corpus, Reynaldo Soares da Fonseca, votou pela não conhecimento, porém concedeu seu voto com vistas a excluir da ação penal o crime de Desacato. Tal decisão pauta-se no julgado do REsp. 1.640.084, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, analisado supra, datado do dia 15 de dezembro de 2016, realçando os argumentos de incompatibilidade do crime de desacato com a CADH.

Entretanto, em seu voto no HC 379.269 – MS, o Ministro Antônio Saldanha Palheiro, veio a divergir do entendimento que concedeu a ordem de retirada da ação penal o crime de Desacato, a saber: “No entanto, a despeito das razões integrantes do precedente citado, bem como voto do relator destes autos, que concedeu a ordem de ofício para excluir da ação penal crime de desacato, ousei divergir do entendimento manifestado”.

Relembrou o Ministro Saldanha (HC 379.269 – MS, 2017, p. 6), em seu voto, se tratar de Controle de Convencionalidade, mencionando de forma introdutória a CADH, na qual dispõe sobre a Liberdade de Expressão e Pensamento. Ademais, mencionado foi o status supralegal da CADH, da qual o Brasil é signatário, bem como o efeito paralisante insurgente do caso, a saber:

De certo que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a ser de observância integral do Estado. Rememore-se que, a despeito de, num primeiro momento, a jurisprudência ter oscilado quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, **produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta.** (grifo nosso)

Deve-se observar que a CADH traz em seu texto deveres nas quais os Estados aderentes devem respeitar, sendo denominadas diretrizes gerais impostas conforme cita Saldanha (HC 379.269 – MS, 2017, p. 6). Tem-se desta maneira no artigo 1º e 2º da CADH:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Com vistas a desconstruir a tese de incompatibilidade do crime de Desacato no Brasil, verifica-se que no artigo 41 da CADH as atribuições e funções da CIDH, exaltando-se a observância e a defesa dos direitos humanos:

- a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d. solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre

questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;  
 f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e  
 g. apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Diante disso, resta evidente que não há qualquer verbo imperativo neste dispositivo, razão pela qual deduz-se que a CIDH não possui caráter impositivo e decisório.

Ives *apud* Saldanha (HC 379.269 – MS, 2017, p. 11):

[...] as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos são quase judiciais . A maior 'punição' consiste na publicação de suas opiniões e conclusões sobre as questões a ela submetidas na forma de relatório (Artigo 51, parágrafo 3º) (...). Ela não prolata sentenças. A função jurisdicional dentro do sistema interamericano cabe, para os Estados que a aceitam, à Corte Interamericana de Direitos Humanos , tratada no Capítulo Oitavo do Pacto de São José.

Com isso, tem-se a respeito das deliberações internacionais que versem sobre Direitos Humanos:

recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos. Desta feita, a despeito do que fora aduzido no inteiro teor do voto proferido no REsp. 1.640.084/SP, no que encampado pelo Ministro relator do presente writ, certo é que as recomendações não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha".

Ramos *apud* Saldanha (HC 379.269 – MS, 2017, p. 12) descortina o chamado “poder de embaraço” citado por este:

[...] essas deliberações compõem o chamado power of embarras, que por definição é uma pressão política, já que lhe faltaria a chamada força vinculante. Busca-se, então, a chamada "mobilisation de la honte", para que o Estado violador, sponte propria, repare integralmente a ofensa aos direitos humanos protegidos.

No tocante ao mérito do desacato ser ou não compatível com a CADH, deve-se verificar com destaque o artigo 13, no qual versa sobre o direito de liberdade de expressão, a verificar:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que **devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar** : a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a **proteção** da segurança nacional, da **ordem pública** , ou da saúde ou da **moral públicas**.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (grifo nosso)

Depreende-se que a interpretação dada ao artigo 13 da CADH possibilita ou não a criminalização do Desacato. Tem-se no referido artigo que “devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar a ordem pública e moral pública”, de pronto remete ao tipo penal existente inscrito no artigo 331 do Código Penal vigente, o desacato. Busca-se então a legitimidade da criminalização com base na CADH, ressaltando que a existência de um tipo incriminador que visa punir os indivíduos que ultrapassarem os limites da expressão está de acordo com os ditames internacionais, e que o desacato não se presta ao abuso, visto que há requisitos legais para a sua tipificação.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já possui posicionamento acerca da liberdade de expressão, afastando qualquer entendimento que vise ser este um direito absoluto. Há no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão, do dia 30 de dezembro de 2009, entendimento acerca da desconsideração do direito absoluto da liberdade de expressão, veja-se:

**A liberdade de expressão não é um direito absoluto** . O artigo 13 da Convenção Americana dispõe expressamente – em seus incisos 2, 4 e 5 – que ela pode estar sujeita a certas restrições e estabelece o marco geral das condições que tais restrições devem cumprir para serem legítimas. A regra geral está prevista no inciso 2, pelo qual “o exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: (a) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas; (b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou da moral públicas”. Por sua vez, o inciso 4 dispõe que “a lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia,

com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2". O inciso 5 prevê que "a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência". Ao interpretar esse artigo, a jurisprudência interamericana desenvolveu um teste tripartite para controlar a legitimidade das restrições, em virtude do qual estas devem cumprir com uma série de condições precisas para serem admissíveis sob a Convenção Americana. Essas condições são explicadas em detalhe a seguir. A CIDH e a Corte Interamericana também têm considerado: (a) que certas formas de restrição da liberdade de expressão são admissíveis, e (b) que alguns tipos de restrições, pelo tipo de discurso sobre o qual recaem, ou pelos meios que utilizam, devem se sujeitar a um exame mais estrito e exigente para serem válidas sob a Convenção Americana (...). (grifo do autor)

Resta evidente que o mantimento da tipificação do desacato leva em conta toda a construção nacional e internacional que abrange o tema. Após essa padronização interamericana em matéria de liberdade de expressão, surge neste contexto a denominada tese tripartite, que exige a cumulação de requisitos e condições para que se admita a tipificação do crime de desacato a alguém. O Marco Jurídico sobre o Direito de Liberdade de Expressão, datado do dia 20 de dezembro de 2009 ressalta:

Conforme foi interpretado pela jurisprudência interamericana, o artigo 13.2. da Convenção Americana exige o cumprimento das três seguintes condições básicas para que uma restrição do direito à liberdade de expressão seja admissível: (1) a restrição deve ter sido definida de forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material, (2) a restrição deve se orientar à realização de objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana, e (3) a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática para o sucesso dos imperiosos fins buscados; estritamente proporcional à finalidade buscada; e idônea para alcançar o imperioso objetivo que procura realizar.

O artigo 29 da CADH ressalta que nenhuma das disposições do pacto poderá ser interpretada de maneira a suprimir, limitar ou excluir direitos reconhecidos de maneira legal e legítima por qualquer Estado-parte. Verifica-se portanto que estão presente os requisitos exigidos internacionalmente pelas cortes e comissões que versem sobre os direitos humanos, com o esboço de se assegurar a ordem e a moral pública.

Tem-se por objetivo harmonizar e equilibrar a liberdade de expressão com os possíveis extrapolações que podem vir a ocorrer. Saldanha (HC 379.269 – MS, 2017, p. 15):

A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito [...]

Neste sentido, ainda que haja decisões da CIDH que favoreçam ao afastamento e retirada da validade do tipo penal de desacato, deve-se verificar que na atual sistemática é possível e legítimo que haja este tipo penal incriminador, visto que por si só, as recomendações da CIDH não devem questionar a soberania inerente ao Estado brasileiro. Verificar as qualidades sociais, jurídicas e sociais é primordial, conforme dita Conci (2006, p. 24):

Ainda que se parta do pressuposto de que os direitos humanos tenham pretensão universalista, pode-se pensar na necessidade de que os estados nacionais estejam – apesar de vinculados ao direito internacional dos direitos humanos – em situação econômica, social, política ou jurídica diferenciada, o que, em algumas situações legitimaria uma diversidade de resultados no processo hermenêutico. Essa diferença aponta para uma reflexão que relativiza a perspectiva universalista, no sentido de entender que os estados nacionais, apesar de signatários dos mesmos tratados e vinculados pela jurisprudência da Corte IDH, no caso americano, ou pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, naquele continente, continuam a manter um espectro de discricionariedade para a concretização dos direitos humanos, ainda que existam decisões tomadas por órgãos judiciários, não judiciários ou que exerçam função quase judicial. Não se trata de entender a possibilidade do descumprimento ou da violação, mas de entender que há uma margem de discricionariedade para temperamento de algumas decisões proferidas internacionalmente, quando de seu cumprimento internamente.

Conforme dita Noronha (1978, s.p.), o crime de desacato tem origem no fato de se considerarem qualificadas injúrias e ofensas para certa categoria de pessoa, tal qual acontecia em Roma, onde eram majoradas se cometidas contra magistrados.

Pagliari (1990, p. 2) completa:

A honra do funcionário é tutelada, mercê do desacato, de modo muito mais rigoroso do que a honra do particular. Tal se dá porque o funcionário é portador de um interesse público, desempenhando posto de particular relevo no ordenamento do Estado. Diversas as razões dessa particular tutela. De um lado, se uma pessoa física age por conta da administração pública, é lógico que o Estado, que dela solicitou que agisse em seu nome, assumia a tarefa de tutelá-la das ofensas que ela venha a padecer no exercício ou por causa de suas funções. De outro lado, a turbção psicológica que poderá apossar-se do funcionário quando ofendido em suas

funções ou em razão delas eventualmente alterará seu processo decisório, fazendo-o assumir decisões errôneas ou tornando sua ação hesitante ou incerta. Em suma, a ofensa à honra do funcionário poderá acarretar dano ao bom andamento da Administração Pública. Por derradeiro, a ofensa ao funcionário atinge o prestígio da Administração Pública. E o prestígio é um dos elementos com os quais a Administração deverá contar se pretende operar com eficácia.

A tese de descriminalização do desacato é tida como frágil também sob a ótica processual que abarca o dilema. O tratamento igualitário entre agentes públicos e particulares faria com que os excessos de expressão fossem tipificados como calúnia, injúria ou difamação. Diante disso, o agente público, quando ofendido, teria que buscar a representação para a defesa de seus direitos, visto o caráter condicionado da ação penal. Caso não viesse a optar pela via do Juízo Especial Criminal, haveria a necessidade de contratação de advogado se inerte fosse o Ministério Público. Extraí-se que a descriminalização do desacato culminaria num desamparo ao agente estatal, bem como em insegurança e retração ao desempenhar sua função conforme exige a lei.

Importante mencionar e observar os deveres dos servidores públicos, inscritos no art. 116 da lei 8.112/90:

Art. 116. São deveres do servidor: **I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; II - ser leal às instituições a que servir;** III - observar as normas legais e regulamentares; IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; **V - atender com presteza :** a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública. VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo; VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público; VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição; **IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa ;** X - ser assíduo e pontual ao serviço; **XI - tratar com urbanidade as pessoas ;** XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder. (grifo nosso)

Visa-se evidenciar que o servidor público que descumprir com seus deveres administrativos, podem responder também na esfera penal, especificamente no crimes contra a administração pública previstos no título XI do vigente Código Penal. Ademais, ressalta-se que as penas para os servidores públicos que venham a cometer crimes contra a administração pública ou que não cumprirem com seus

deveres administrativos são muito mais severas, veja-se conforme dita Saldanha (HC 379.269 – MS, p. 21

De forma exemplificativa, cito o crime de furto, que possui pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ao passo que o peculato tem previsão de pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa; noutro exemplo, enquanto a inação dos deveres inerentes ao cargo na esfera particular não resulta em nenhuma consequência de ordem penal, o servidor público tem sua conduta amoldada ao crime de prevaricação (art. 319, CP), cuja pena de detenção pode ser estipulada entre 3 (três) meses e 1 (um) ano, além de multa.

Desta maneira, resta evidente por intermédio do HC 379.269 – MS que reconheceu e manteve o crime de desacato válido no ordenamento jurídico brasileiro, bem como pelos fundamentos da doutrina nacional e internacional, que o crime de desacato possui legítimos e legais fundamentos para que sua validade e tipificação permaneçam. Manter o crime de desacato válido é garantir a justa proteção ao indivíduo que compunha o corpo de pessoal civil do Estado, proporcionando assim um equilíbrio com os particulares, onde ambos poderão ser responsabilizados se não cumprirem com seus deveres ou vierem a extrapolar sua liberdade de expressão.

### 3.4 DA SÍNTESE

Abordados os principais aspectos que garantem a incompatibilidade do Desacato, bem como os fundamentos que validam a existência deste tipo penal, faz-se necessário evidenciá-los com o fito de dar suporte à síntese a ser extraída após a análise das teses e antíteses supra.

Sabe-se que ambos entendimentos possuem vasta fundamentação jurídica, pautados em menções de doutrinadores nacionais e internacionais. Alega-se ser imprescindível a figura do desacato, visto que os abusos cometidos contra agente público deve ser penalizado de maneira diversa. Ademais, pode ser verificado que o agente primário ofendido no tipo penal de desacato é o Estado, e de maneira secundária o agente público, uma vez que este é figura personificada do Estado.

Entretanto, verifica-se que há contido neste tipo penal um caráter intimidador, que tem por objetivo calar o indivíduo, sob pena deste ser responsabilizado. Há no



código penal diversas figuras que visam punir o excesso de expressão, onde todos podem figurar como polo ativo ou passivo, evidenciando a desnecessidade da existência do Desacato. Reconhecer a existência deste crime é viabilizar a tratativa diferenciada entre agentes públicos e particulares, o que causa desencontro com a concepção de Estado Democrático de Direito.

As doutrinas majoritárias internacionais, bem como diversos países que ratificaram o Pacto São José da Costa Rica já se manifestaram no sentido de reconhecer a incompatibilidade do desacato. Verifica-se que o movimento que busca extirpar tal tipo penal tem sido crescente, as alegações quanto a violação da liberdade de expressão tem sido correntes. Trata-se de uma tendência doutrinária internacional que está fortemente consolidada no sentido de tornar inválido o crime de desacato.

A criminalização do desacato é tida como uma norma penal aberta, devido ao fato do Código Penal não delimitar o que vem a ser desacatar funcionário público, cabendo margem interpretativas extensas que podem ocasionar grande instabilidade jurídica e arbitrariedades.

Por tais razões, a própria Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio da ADPF 496, pediu que o STF declare a Inconstitucionalidade do crime de Desacato. Ainda que o controle judicial seja o de constitucionalidade, tem-se como objetivo o mesmo ao reconhecer a incompatibilidade, ou seja, afastar a incidência deste tipo penal. Ressalta-se que os argumentos da OAB comparam o crime de desacato com a Constituição, alegando a mesma violação ao direito de liberdade de expressão e pensamento.

Verifica-se portanto, que há um forte movimento com vistas a afastar a incidência do crime de desacato, acatando assim as inúmeras recomendações internacionais que versem sobre Direitos Humanos.

Desta maneira, pode-se observar uma afronta do crime de Desacato ao direito de liberdade de expressão e pensamento. Ainda que haja argumentos para sustentar que o desacato seja mantido, deve-se verificar o direito fundamental de livre manifestação de opinião e pensamento, sem quaisquer intimidações. Posto isso, seguindo a linha lógica internacional no tocante ao caráter anacrônico do Desacato, tem-se que este tipo penal será afastado, retirando assim a intransparência e tom de ameaça contido na Administração Pública como um todo, pondo em igualdade agentes públicos e particulares.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A observância do tema é de fundamental relevância para todos os indivíduos que compõem a sociedade, uma vez que as relações entre agentes públicos e particulares se efetivam a todo instante. Nesta linha lógica, a existência do Estado e sua concepção atual pressupõe que haja figuras estatais personificadas e dotadas de caráter público para que as atividades administrativas sejam realizadas.

Neste formato de Estado, faz-se necessária distinção entre os agentes públicos e particulares com o objetivo de se atribuir as devidas responsabilidades a cada indivíduo, sendo esta de forma individualizada. Destarte, o ordenamento jurídico vigente, especificamente o Código Penal, deixa evidente tal diferenciação ao definir crimes praticados pelo particular contra a Administração Pública em geral, como é o caso do Desacato, inscrito no artigo 331 deste diploma.

Conforme apresentado, resta evidente a controvérsia existente acerca da compatibilidade ou não do crime de desacato à luz da CADH. As jurisprudências e recomendações internacionais alimentam ainda mais o embate, visto que cada decisão que disserta sobre o crime de desacato ser compatível ou não com a CADH possui fundamentação teórica pautadas na legalidade e legitimidade sob a hermenêutica adotada pelo julgador.

Devido ao fato de se tratar de Tratado internacional que verse sobre Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil, e que não possui status de Emenda Constitucional, tendo sua classificação verificada denominada de Supralegalidade, a quinta turma do STJ adotou o Controle de Convencionalidade para o reconhecimento da incompatibilidade do crime de Desacato em sobreposição ao Pacto São José da Costa Rica, tendo como voto vencedor o Ministro Ribeiro Dantas. Os argumentos para este entendimento se pautam em definir o Desacato como um crime que se preste ao abuso, que limita a liberdade de expressão dos indivíduos. Ademais, conforme visto pela doutrina e jurisprudência internacional, verificou-se que se trata

de um tipo penal intimidador, onde o agente público se respalda para censurar e evitar que críticas e pensamentos que lhe atinjam sejam proferidos, contrariando o disposto no artigo 13 da CADH que versa sobre a liberdade de expressão e pensamento.

Entretanto, devido à complexidade do tema em questão, bem como pela controvérsia existente entre os Ministros que compõe o STJ, o tema foi levado por intermédio do HC 379.269 – MS para a terceira seção da Corte. Contrariando a decisão que reconheceu a incompatibilidade do Desacato, o Ministro Saldanha Palheiro foi o detentor do voto vencedor, fundamentando sua decisão na própria CADH, ao dizer que é expreso pelo artigo 13 da referida Convenção a possibilidade de responsabilidade por aqueles que abusem do Direito de Liberdade de Expressão. Entendimentos internacionais dão conta de que a Liberdade de Expressão não é um Direito absoluto, portanto, poderá ser penalizado mediante a existência de lei prevista no ordenamento jurídico e que esteja compatível com os ditames humanísticos internacionais.

Parte da doutrina nacional compreende a necessidade de haver este tipo penal específico que resguarde o servidor público. Ocorre que a exaltação pelo agente particular em suas palavras, gestos e atos, merece atenção individual, com o fito de se proteger a imagem da coisa pública primariamente e em segundo plano a honra e imagem do servidor público, o qual corriqueiramente é atacado pessoalmente em detrimento do cumprimento de suas atribuições.

Ainda que tenha sido julgado pela terceira seção, que se trata da junção da quinta e sexta turma, que visa harmonizar entendimentos, o tema não foi juridicamente esgotado e pacificado. O embate interno existente na Corte Superior dá conta de que para ambas decisões há relevantes fundamentos que os justifiquem. Para que se busque fundamentação teórica que delimite se os agentes públicos e particulares merecem a mesma tratativa jurídica no âmbito criminal, deverá ser levado em consideração todos os direitos previstos na Constituição, bem como nas convenções internacionais.

Deste modo, ainda que a tendência internarional e sua linha lógica seja por afastar a incidência do Desacato nos países que ratificaram o Pacto São José da Costa Rica, o tema encontra-se atualmente no Supremo Tribunal Federal. Tal ocorrência se da pelo fato de se tratar de relevante questão e pela repetitividade, uma vez que tais teses são arguidas em diversos processos, tanto pelo acolhimento

da tipificação do Desacato, quanto pelo seu afastamento. Por fim, para que se defina quais os limites da liberdade de expressão e pensamento, deve-se verificar no plano fático e jurídico a incidência dos princípios que norteiam a liberdade dos indivíduos em geral, para que de fato haja um balanço entre estes, garantindo assim a ordem pública como um todo.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. (não paginado).

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. **Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação**. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm)> Acesso em 12 Nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-SP**. VOTO-VOGAL: MENDES, Gilmar. Publicado no DJ de 05-06-2009 p. 03. Disponível <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em 22 Nov. 2017.

CANÇADO, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARNOTA, Walter F. Control de concencionalidad y activismo judicial. MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (coord.) Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

*Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 29 jan. 2014.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45. TAVARES, André Ramos et al. **Reforma do Judiciário**: Analisada e comentada. p. 89-90.

DA SILVA, Ivan Luiz, QUEIROZ, Paulo (Coord.). **Curso de Direito Penal. Parte Especial**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

*Declaração de direitos humanos*. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)> Acesso em: 17 jan. 2014.

LACERDA NETO, Arthur Virmond de. **Os crimes no Direito Romano**. Curitiba: Juruá, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Ed. RT, 2009.

MENEZES, André Felipe Barbosa de. **Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos**. 2009. 361 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2009. Disponível em <[www.repositorio.ufpe.br/arquivo6336\\_1](http://www.repositorio.ufpe.br/arquivo6336_1)> Acesso em 12 Set. 2017.

NAVIA, Rafael Nieto. **Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Pontificia Universidad Javeriana, Programa Estudios Políticos, 1988, p. 67. Disponível em: <<https://direitoromanolacerda.wordpress.com/2013/01/11/os-crimes-no-direito-romano-os-crimes-de-estado/>> Acesso em 13 Nov. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis (teoria e prática do direito internacional)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 234)

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 03, Ano 1 (2012), p.1746-1826. Disponível em: . Acesso em 12 Nov. 2017.

TEJO, Joycemar. Portal a priori. Teorias monista e dualista do direito internacional. Disponível em: <http://www.apriori.com.br/cgi/for/teorias-monista-edualista-do-direito-internacional-j-tejo-t1183.html>. Acesso em: 18 set de 2011.

TIBURCIO, Carmen. A EC n. 45 e temas de direito internacional. **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.45/2004**. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2005. p. 127.

TORRE, Fernanda Carolina. **O direito fundamental a liberdade de expressão e sua extensão**. *Revista de Informação Legislativa*, v.200, p. 61-80, 2013. Disponível em: <[www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502937](http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502937)> Acesso em 22 Set. 2017.

## OBRAS CONSULTADAS

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão**: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico**: explicação das normas da ABNT. 16. ed. Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2013.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e o direito à vida privada**: conflito entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KARAM, Maria Lúcia. **Escritos sobre a liberdade**: liberdade, intimidade, informação e expressão. vol. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LAMY, Marcelo. **Metodologia de pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Manual da monografia jurídica**. 5. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2007.